



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Los medios reparatorios y sus límites frente a los daños extra patrimoniales a partir de la Constitución del año 2008.

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Francisco José Ochoa Vega

CI: 010484554-0

Correo electrónico: ochoafrancisco94@gmail.com

Director:

Ab. Juan Cristóbal Piedra Andrade

CI: 010379027-5

Cuenca, Ecuador

05-marzo-2020

Resumen:

El presente proyecto de investigación tiene como objetivo principal identificar los medios reparatorios y límites establecidos en el ordenamiento jurídico interno, frente a los daños extra patrimoniales de acuerdo con el Principio de Reparación Integral previsto en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008; analizando desde un enfoque doctrinario la configuración y reparación de los daños extra patrimoniales, identificando cuáles son los límites a los medios reparatorios que debe observar el abogado y el juez al momento de adaptar la reparación integral de los daños extra patrimoniales; estudiando criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de la República de Colombia y de la Corte Nacional de la República del Ecuador, sobre los medios de reparación y la aplicación de límites al Principio de Reparación Integral. De esta manera se podrá tener un criterio más claro en base al análisis crítico de los medios reparatorios reconocidos y empleados en los distintos sistemas jurídicos, considerando el estado Constitucional de Derechos y de Justicia en el cual nos encontramos. El mecanismo de análisis se encuentra comprendido en tres capítulos, de los cuales el resultado que se espera obtener con ésta investigación es mitigar la visión tradicionalista de que la reparación de daños extra patrimoniales se circunscribe únicamente a un monto de dinero exagerado y sin fundamento, que aparentemente no se limita bajo ninguna circunstancia; presentando las limitaciones legales y jurisprudenciales y otros mecanismos de resarcimientos de derechos.

Palabras claves: Daños extra patrimoniales. Principio de Reparación Integral. Constitución. Ecuador. Límites. Principios Indemnizatorios. Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Indemnización.

Abstract:

The main objective of this research project is to identify the means of reparation and limits established in the internal legal system, against non-pecuniary damages in accordance with the Principle of Integral Reparation provided for in the Constitution of the Republic of Ecuador of the year 2008; analyzing from a doctrinal approach the configuration and repair of the non-pecuniary damages, identifying which are the limits to the reparatory means that the lawyer and the judge must observe when adapting the integral reparation of the non-pecuniary damages; studying jurisprudential criteria of the Inter-American Court of Human Rights, of the Supreme Court of the Republic of Colombia and of the National Court of the Republic of Ecuador, on the means of reparation and the application of limits to the Principle of integral reparation. In this way, a clearer criterion can be obtained based on the critical analysis of the reparatory means recognized and used in the different legal systems, considering the Constitutional State of Rights and Justice in which we are. The mechanism of analysis is comprised in three chapters, and the result that is expected to be obtained with this investigation is to mitigate the traditionalist view that the reparation of non-pecuniary damages is limited only to an exaggerated and unfounded amount of money, which apparently is not limited under any circumstances; presenting legal and jurisprudential limitations and other rights compensation mechanisms. With what has been studied, it will be possible to conclude that the Principle of Integral Reparation includes a very wide panorama of possibilities to restore goods, interests, and rights that may have been violated by actions or omissions on the material and immaterial sphere of the people, in turn, it will be possible to conclude that in Ecuador, mechanisms for restitution of property damage are developed, non-pecuniary damage is also recognized, but there is a lack of solidity when it comes to the repair of those, despite constitutionally recognizing Integral Reparation as the guiding Principle of Law and as a fundamental right.

Keywords: Non-pecuniary damages. Reparation. Principle of Integral Reparation. Constitution. Ecuador. Limits. Rights.



Índice del Trabajo

| | |
|--|-----------|
| DEDICATORIA | 8 |
| AGRADECIMIENTOS | 9 |
| INTRODUCCIÓN | 10 |
| CAPITULO I | 12 |
| EL DAÑO | 12 |
| 1.1. Antecedentes | 13 |
| 1.2. Concepto de Daño | 14 |
| 1.3. Clases de Daños | 16 |
| Derechos patrimoniales | 17 |
| Daños Patrimoniales | 18 |
| Derechos extra patrimoniales | 19 |
| Daños Extra Patrimoniales | 19 |
| Concepto de Daño Extra Patrimonial | 20 |
| 1.4. Responsabilidad Civil (Requisitos) | 22 |
| 1.4.1. Teoría de la Responsabilidad Objetiva | 29 |
| 1.4.2. Teoría de la Responsabilidad Subjetiva | 29 |
| 1.4.3. Responsabilidad Contractual | 30 |
| 1.4.4. Responsabilidad Extracontractual | 30 |
| 1.5. Requisitos del Daño para que sea resarcible | 30 |
| 1.6. Obligación de Reparación del Daño Extra Patrimonial | 32 |
| 1.7. Reparación Integral en el Ecuador | 35 |
| 1.8. Valoración Económica del Daño Extra Patrimonial (pretium doloris) | 43 |
| 1.9. Análisis de la figura de los daños extra patrimoniales en la normativa ecuatoriana | 46 |
| CAPITULO II | 55 |
| LIMITES AL PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL | 55 |
| 2.1. Principio Alterum Non Laedere | 56 |
| 2.2. Principio de Reparación Innatura | 57 |



| | |
|--|------------|
| 2.3. Principio de reparación por equivalencia..... | 60 |
| 2.4. Principio de Reparación Integral | 61 |
| 2.5. Reparación inmaterial | 66 |
| 2.6. Reparación material: indemnizaciones..... | 70 |
| 2.7. Principios Indemnizatorios | 71 |
| 2.7.1. Principio de Vertebración | 72 |
| 2.7.2. Principio de Diferenciación | 73 |
| 2.7.3. Principio de Personalización | 74 |
| 2.7.4. Principio de Igualdad..... | 75 |
| 2.7.5. Principio de Proporcionalidad | 75 |
| 2.8. Dificultades del Principio de Reparación Integral..... | 76 |
| 2.9. Límites al Principio de Reparación Integral | 79 |
| CAPITULO III | 84 |
| ANALISIS COMPARATIVO DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES | 84 |
| 3. ANALISIS COMPARATIVO DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES | 85 |
| 3.1. La reparación de daños extra patrimoniales según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 85 |
| 3.2. La reparación de daños extra patrimoniales según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Colombia | 90 |
| 3.3. La reparación de daños extra patrimoniales según el criterio de la Corte Nacional del Ecuador..... | 96 |
| 3.4. Análisis comparativo de jurisprudencia..... | 99 |
| 3.5. Conclusiones..... | 102 |
| REFERENCIAS | 105 |
| Bibliografía..... | 105 |
| ANEXOS | 108 |



Cláusula de Propiedad Intelectual

Francisco José Ochoa Vega, autor del trabajo de titulación Los medios reparatorios y sus límites frente a los daños extra patrimoniales a partir de la Constitución del año 2008. ", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 05 de marzo de 2020

Francisco José Ochoa Vega

C.I: 010484554-0



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional

Francisco José Ochoa Vega, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "Los medios reparatorios y sus límites frente a los daños extra patrimoniales a partir de la Constitución del año 2008.", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 05 de marzo de 2020

Francisco José Ochoa Vega

C.I: 010484554-0



DEDICATORIA

A María Alicia y Francisco.

A Bernarda y Victoria.

A María Belén.



AGRADECIMIENTOS

Quiero plasmar mi agradecimiento especial a Ab. Juan Cristóbal Piedra Andrade, a quien considero un referente profesional y tuve el honor de conocerlo en las aulas universitarias, además de que ha sido quien ha invertido su tiempo en la guía de este trabajo.

Agradezco el apoyo incondicional de mi familia, quienes han brindado su soporte incondicional en cada etapa de mi vida, enseñándome que el patrimonio más grande que alguien puede tener es el amor fraternal y sincero.

Agradezco a María Belén Coronel, quien ha sido un pilar fundamental en el cumplimiento de metas personales, y es quien me ha sabido brindar paciencia y comprensión.

Agradezco a mi gran amigo Andrés Espinoza, por su disposición al apoyo de éste trabajo.

Agradezco a la Universidad de Cuenca y a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales.

INTRODUCCIÓN

El Ecuador se sitúa ante la imagen internacional y nacional como un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, en el cual a partir del año 2008 se marcó un hito trascendental tratándose de la adaptación de un modelo perteneciente a una corriente neo constitucionalista, el cual se propaga con la puesta en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador desde el 20 de octubre de 2008.

El modelo que propende la Carta Magna del Ecuador tiene una consigna garantista de derechos, el cual promueve la protección directa, inmediata y eficaz de todos los derechos reconocidos en el amplio catálogo que ofrece éste texto en la parte orgánica y dogmática que integran sus cuatrocientos cuarenta y cuatro artículos.

Para el presente trabajo, hemos enfocado el análisis en el Principio de Reparación Integral entendido éste desde una doble visión, es decir, como principio y como derecho; haciendo especial énfasis en que si bien la Constitución lo reconoce, no lo hace de una manera delimitada, lo que permite que se realice un análisis sobre cuáles serían los límites de éste Principio.

Puntualizando el reconocimiento constitucional de la reparación como principio y como derecho fundamental, cabe el análisis normativo de las limitaciones existentes que se han venido desarrollando en cuanto a lo normativo y a lo jurisprudencial en el Ecuador; de ésta manera se encausa la investigación en un estudio pormenorizado de las dificultades que representa éste Principio cuando se lo pretende adaptar en el ámbito civil, concretamente en materia de daños, con el objeto de desentrañar el tipo de daño que se pretende reparar, y el tipo de responsabilidad de quien se encuentra obligado a resarcir la violación de un derecho.

En éste sentido, ésta investigación pretende ofrecer pautas para afianzar un criterio que implica el convencimiento que cuando se trata de daños extra patrimoniales, los cuales han sido tratados como “incuantificables”, hablando de la reparación, sí es posible realizar una *medición*, quizás en éste punto el término “medición” represente una noción numérica que pueda resultar contradictorio para quien considera que los daños extra patrimoniales son incuantificables, sin embargo, lo que se pretende es llegar al entendimiento de que al hablar

de daño, en general, éste merece un resarcimiento de carácter integral y prácticamente corresponde realizar un cálculo del mismo para intentar objetivar su reparación.

Para analizar un tema que se enviste de subjetividad, debemos analizarlo de manera objetiva por más contradictorio que parezca, es así, que se presenta ésta investigación enfocada netamente a las formas plausibles de estudio de daños extra patrimoniales para engranar mecanismos reparatorios y exponer las posibilidades que tienen las personas agraviadas para exigir su reparación, y los mecanismos que tienen las autoridades para fallar, esto dependiendo del caso.

Lo que se pretende con éste trabajo, recae en la intención de ampliar el espectro ya conocido y estudiado por los profesionales del Derecho, aportando cuestionamientos para rasgar el velo jurídico que no permite expandir la visión de los daños extra patrimoniales en nuestra normativa, por ende, la reparación; así se podrá promover la expansión jurídica de ciertas figuras en específico que se encuentran recogidas de manera somera en nuestro sistema judicial.



CAPITULO I

EL DAÑO

1.1. Antecedentes

Al introducirnos en materia de daños, debemos remontar a las nociones más antiguas del Derecho, como la justicia y el Derecho Romano, época en la cual surge uno de los principios básicos del Derecho, consagrado por Ulpiano como *alterum non laedere* principio que da nacimiento a la responsabilidad civil al indicar el deber -obligación- de no hacer daño a nadie. Este principio básico se ha reflejado en los diferentes cuerpos legales que se encuentran vigentes en las legislaciones a lo largo del mundo, como en la que rige en el Ecuador, reflejada en todo el ordenamiento jurídico interno, que consagra implícita y explícitamente la responsabilidad cuya consecuencia es la reparación, sabiendo que esta debe ser integral. Cabe mencionar que en los inicios de la sociedad, cuando no existía normativa compleja sobre los conflictos entre civiles, el daño acarreaba la venganza del agraviado en contra de quien le causó el perjuicio; con el desarrollo de esta figura, el individuo que dañó al otro podía librarse de la venganza del perjudicado al cancelar una cantidad de dinero, “protegiendo” a los individuos de la sociedad; sin embargo, no todos los daños recayeron en el ámbito civil, pues hubo la necesidad de separar los delitos de los hechos dañosos y surge la diferenciación entre derecho civil y penal. Con este desarrollo conforme las necesidades de la sociedad, surgieron nuevos conceptos jurídicos como el de *responsabilidad*, expresión que apunta directamente a la gradación de la carga que lleva consigo el sujeto que comete un daño, tanto en el ámbito civil como penal; para recaer sobre otro concepto jurídico, que es la *reparación*, circunstancia que propende a “volver las cosas a su estado anterior”, en teoría, ya que existen circunstancias imposibles de restaurar o restituir, para lo cual existen otros medios que cumplen con la función de “reparar” en cierto modo, la situación perjudicial de quien sufre un daño; importante es mencionar que estas circunstancias mencionadas se vieron reflejadas en la Ley de las XII Tablas, tomada como el primer cuerpo normativo escrito que surge en Roma en el año 462 a.C., siendo esta aparentemente la primera ley de Derecho público y privado. En esta Ley se encontraban contemplados únicamente los *daños físicos*, mismos que como he mencionado en líneas anteriores, abrían la posibilidad de usar la venganza como un medio para obtener “justicia”; sin embargo, al estar frente al desarrollo y a la evolución de la sociedad fue necesario avanzar con el intento de tutelar la personalidad de los individuos, que se veía afectada por el comportamiento de sus semejantes con resultados dañosos, no simplemente al patrimonio o daños físicos, sino, iba más allá, se

empezó a notar las afecciones relativas a la *dignidad* de las personas; consecuencia de esta evolución fue el surgimiento de la *actio iniuriarum aestimatoria*, misma que protegía derechos relacionados directamente a la personalidad, incluso ya siendo considerada la difamación como un daño a la personalidad de un sujeto de la sociedad; es así observamos que en la Ley de las XII Tablas, en la Ley VI y VII se recogía las normas respectivas al Derecho Penal Público y Privado, en ella establecidas las sanciones sobre crímenes, lesiones, *daños*, y se estableció la igualdad entre patricios y plebeyos, esta de una manera idealista, pues la realidad era distinta a lo establecido.

En un sentido lógico, al encontrarse evolucionando la sociedad, fue evidentemente necesaria la separación del Derecho Civil del Derecho Penal, ya que la finalidad de cada uno de estos era distintas pero no distantes, ya que ambas perseguían la reparación a la víctima, sin embargo esta separación se dio en torno al concepto de la *responsabilidad*, la cual fue determinada en el siglo VIII. Cabe hacer este *recorderis* sobre la norma madre del Derecho Civil afín de observar que los daños en sentido estricto han existido desde que existe la sociedad, y fue una de las circunstancias sociales de convivencia necesarias de regular por la naturaleza conflictiva del ser humano, el espíritu conflictivo y el egoísmo, citando a Hobbes “*homo homini lupus*”¹, entendiendo que por nuestra naturaleza estamos expuestos a ser sujetos activos y pasivos de consecuencias dañosas en el ámbito material e inmaterial, como se conoce a los *daños extra patrimoniales*.

1.2. Concepto de Daño

A lo largo de la historia se ha dotado de significados a palabras que recogen instituciones complejas en sus conceptos, ampliando de una manera exponencial la terminología jurídica, con el fin de guiarnos a una idea unificada sobre lo que implica los significados de las palabras en nuestro lenguaje. En este sentido apartado de lo jurídico, el concepto de *daño* apunta a una afectación, perjuicio, menoscabo, mal, agravio, detrimento, deterioro, disminución, pérdida, entre otros sinónimos que connotan una situación negativa; tomando este concepto resulta amplísimo el espectro de posibilidades de aplicación

¹ “*Homo homini lupus*”, Expresión popularizada por Thomas Hobbes en su obra “*De Cive*” en el año 1642, haciendo referencia a la barbarie a la cual puede llegar hombre en contra de sus semejantes por dar rienda suelta al bajo instinto del egoísmo.

terminológica de la palabra daño; en lo que respecta a esta investigación es investir de un manto jurídico conceptual a este término, del cual se obtiene, de manera general, que en Derecho el daño es aquel perjuicio o agravio que sufre un individuo ya sea en forma material o inmaterial por la acción dolosa o culposa de un individuo, mismo que aspira al restablecimiento de su estado anterior al daño causado, es decir, la correspondiente reparación. De este breve concepto se desprenden varias aristas que nos obligan a puntualizar otros conceptos que serán desarrollados en lo posterior, como el daño patrimonial, daño extra patrimonial, culpa, dolo, negligencia, reparación integral, responsabilidad, cuantificación y prudencia. En este sentido me permito citar a algunos autores y los conceptos que nos han brindado sobre el término daño, en primer lugar cito a Pantoja (2015) quien manifiesta que:

El daño es, por cierto, un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos o intereses suyos. (p. 212)

Este primer concepto engloba las características principales del concepto del daño, sin embargo este autor, Pantoja (2015) manifiesta también que “*El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil puesto que sin el no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria.*”(p. 211), surgiendo ya un criterio que apunta hacia que el daño acarrea responsabilidad, como es lógico, y su existencia correlativa. En consonancia con lo manifestado Salgado y Ramírez (2014) puntualizan que:

El daño es la afectación a un interés legítimo, el cual fue lesionado en el bien o en soporte material o inmaterial, y del que se espera una reparación. Se reconoce que no hay responsabilidad jurídica civil si no hay daño. Y que no habrá acto ilícito que tenga efectos legales, si no existe daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.”(p. 131)

Concepto que mantiene los presupuestos planteados con anterioridad y le adiciona la característica de la reparación, circunstancia que es lógica, pues cuando se ocasiona un daño, naturalmente surge la necesidad y la obligación de repararlo, pretendiendo que las situaciones agobiantes se reviertan a su estado natural; también se mantiene que sin daño no existe

responsabilidad, pero de manera adicional apuntan a que debe existir culpa, dolo o negligencia por parte del individuo que causa el daño para poder determinar la imputabilidad del resultado que es el daño. Cito a Morán (2010) quien conceptualiza al daño como:

(...) el daño como fenómeno jurídico es el resultado de una conducta susceptible de ser jurídicamente calificada y sancionada; tenemos entonces dos elementos participantes en la relación del daño: Uno el hecho físico tangible, objetivo y el otro el análisis que hace el derecho para ubicar la relación inmediata que genera el hecho; esto es, los efectos jurídicos que el HECHO produce. Este segundo elemento entraña la reacción del sistema legal que la sociedad impone para reprimir y sancionar las conductas injuriosas o dañosas. (p. 13)

De esta forma, el autor profundiza sobre el concepto de daño y le otorga el carácter de “fenómeno jurídico” que se produce como resultado de una conducta que se encuentra tipificada en la ley, ante la cual se verifica dos elementos, en primer lugar un elemento objetivo que representa en la materialización del perjuicio que se causa, y el segundo elemento representa la repercusión jurídica que implica la producción de un daño y todo lo que implica esto, referente de manera legal al sistema ante el cual se presenta este daño y su resarcimiento.

“Escribir sobre el daño es difícil, en la medida en que quizás no existe palabra más utilizada por las distintas sociedades en todos los tiempos.” (Henao, 2003, pág. 27). En lo conceptual es una palabra que acarrea muchos significados, sin embargo, se ha planteado varios criterios jurídicos en cuanto al concepto de daño, lo cual pretende dilucidar este concepto por el lector y clarificar el escenario jurídico del concepto planteado, teniendo en consideración que el concepto de daño no se encuentra conceptualizado en la norma, lo cual obliga a que la doctrina mediante la investigación se encargue de puntualizar éste concepto.

1.3. Clases de Daños

Con el transcurso del tiempo, se ha desarrollado la clásica clasificación bipartita de los daños, en patrimoniales y extra patrimoniales, dividiendo de esta manera en dos grandes grupos desde un enfoque cuantitativo, económicamente hablando, pues se ha realizado esta división teniendo en cuenta al *daño* como resultado de un hecho antijurídico, al ser una

consecuencia, este conlleva la necesidad de ser medido para obtener la reparación acorde al resultado que causa perjuicio tanto en el entorno material de las personas, como en su fuero interno. Con lo mencionado cabe citar la clasificación realizada por el tratadista Pantoja (2015, pág. 409), quien al tenor de esta división, bifurca de la siguiente manera y en primer lugar define también a los daños patrimoniales como: *a) daños materiales; b) daños a las cosas; c) daños económicos; d) daños de naturaleza económica; e) daños materiales directos; f) daños objetivos; g) daños valorables pecuniariamente; h) daños materiales: daño emergente y lucro cesante*. En segundo lugar, el autor da definiciones alternativas a los daños extra patrimoniales, y los define también como: *a) daños inmateriales; b) daños a las personas; c) daños no económicos; d) daños de naturaleza no económica; e) daños materiales indirectos; f) daños subjetivos; g) daños no valorables pecuniariamente; y, h) daños morales: daño moral, daño a la vida en relación, daño psíquico, daño sexual, daño al proyecto de vida, etc.*

Conforme a la clasificación realizada de los daños, es importante puntualizar el concepto y características de los derechos patrimoniales y derechos extra patrimoniales, con el objeto de asimilar cuáles son los derechos afectados según la naturaleza del daño y así dilucidar una noción de guía para conocer cuál es el derecho vulnerado por un daño que debe ser reparado, así como, cuál es el mecanismo adecuado para repararlo en función del daño ocasionado.

Derechos patrimoniales

Se entienden como derechos patrimoniales a aquellos que derivan de los aspectos externos de la persona y se consolidan en el ámbito físico o material, por lo tanto estos tienen una característica principal de ser apreciables dentro del patrimonio de una persona; esto quiere decir que son derechos que permiten ser evaluados de manera objetiva y cuantitativa; cabe mencionar que en nuestro medio, estos derechos han sido desarrollados de manera determinada lo cual avala que sean susceptibles de tener una valoración económica, ya que pertenecen al acervo material de los individuos. Esto quiere decir que una persona refleja sus derechos patrimoniales en derechos reales y personales, los que se caracterizan como el derecho de propiedad, derechos crediticios, derechos de propiedad intelectual, entre otros, y demás que reflejan una significación material del patrimonio personal.

Es pertinente puntualizar que cuando existe la vulneración de un derecho patrimonial nos encontramos frente a un eventual daño patrimonial, para lo cual corresponde conceptualizarlo de la siguiente manera:

Daños Patrimoniales

Al hablar de los daños patrimoniales se entiende que estaríamos hablando de afecciones a derechos patrimoniales, ante lo cual no se encuentra mayor dilema en cuanto a la reparación de éstos, ya que la relativa facilidad de cuantificación de los perjuicios ocasionados se rigen por dos conceptos que han sido definidos de manera clara y precisa, estos son, el *lucro cesante* y el *daño emergente*, mismos que permiten obtener una cifra económica por el daño causado únicamente calculando el monto económico que el agraviado dejaría de percibir a corto y a largo plazo hablando en de cantidades dinerarias; simplificando en la práctica el ejercicio correspondiente a las partes procesales y al juzgador, al momento de pretender y sucesivamente resolver conflictos de naturaleza patrimonial, rigiendo a la esencia material de los objetos, bienes o servicios, que resultan afectados por la actuación negativa y contraria a la ley por otra persona, natural o jurídica. Barros (2006) conceptualiza a los *daños patrimoniales* de la siguiente manera:

b) Son daños patrimoniales aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio. Es daño patrimonial el que se traduce en una disminución del activo (en razón de la destrucción o deterioro de una cosa, de gastos en que la víctima debe incurrir, o por cualquiera otra pérdida patrimonial), o porque el hecho del responsable ha impedido que el activo se incremente (como ocurre con la paralización de una actividad empresarial o con la incapacidad laboral). La disminución del activo da lugar a un *daño emergente*, y la imposibilidad de que se incremente, a un *lucro cesante*. (p. 231)

Con el concepto citado, verificamos la precisión que apuntan los daños patrimoniales, pues como se ha manifestado, el objeto de determinar el daño causado, es restablecer la situación normal o natural previa al daño, y al poder realizar una determinación precisa -en dinero- sobre las consecuencias, facilita a juzgadores y accionantes, el cálculo de pretensiones y sentencias, optimizando el tiempo dentro de un proceso y sobretodo evitando situaciones catalogadas como “injustas” por el detrimento de derechos patrimoniales.

Ante la definición de los derechos patrimoniales, corresponde determinar un concepto de los derechos extra patrimoniales, con el afán de exponer de manera clara cuáles son, qué es lo que se afecta y hacia a dónde apunta la reparación:

Derechos extra patrimoniales

Para hablar de los derechos extra patrimoniales debemos entender a éstos como los contrapuestos a los derechos patrimoniales, entendiendo que son bienes jurídicos que nacen de una relación intrínseca de la naturaleza personal de los individuos, lo que se traduce en un sentido subjetivo por excelencia, razón por la que representan el polo opuesto de los bienes jurídicos patrimoniales, ya que los derechos extra patrimoniales como su nombre indica se encuentran fuera del patrimonio de las personas y son inherentes a todos y cada uno de los individuos, independientemente de las condiciones externas que rodean a un sujeto; éstos se caracterizan por ser invaluable en un sentido material, indicando entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la imagen, el derecho al buen nombre, el derecho al honor y todos aquellos derechos que tienen una connotación personal. Éstos derechos se han venido desarrollando a lo largo de la historia y han sido reconocidos como derechos humanos; dentro del Derecho de Daños como parte del Derecho Privado se reconoce la necesidad de subsanar las afecciones que recaigan sobre éstos, mencionando que estos daños pueden tener incidencias en aspectos externos y materiales de las personas, motivo suficiente para ser reparados.

Ante lo manifestado y sobre el reconocimiento normativo que existe de los derechos patrimoniales es importante referir sobre los daños de índole extra patrimonial, lo que se ha tratado de la siguiente manera:

Daños Extra Patrimoniales

En cuanto a los daños extra patrimoniales se debe mencionar que no se refieren únicamente al daño moral en sí, sin embargo ha sido tomado como el daño extra patrimonial por excelencia ya que es el que más se ha comentado y sobre el que más se ha escrito, sin embargo, no abarca de manera suficiente a todos los daños de carácter extra patrimonial; este tipo de daños recaen netamente sobre lo más profundo del ser humano, es decir, en torno a la personalidad del individuo cuyo pilar fundamental es la dignidad humana, misma que

conlleve desde la integridad física, el derecho al honor, al buen nombre, a no ser dañado en su entorno social, a una buena reputación, en concreto a la integridad personal en sí misma.

Ante lo manifestado sobre los daños patrimoniales y extra patrimoniales se evidencia como diferencia máxima el hecho de la relación que tengan estos con el aspecto económico, dilucidando que en el primer tipo de daño la indemnización pecuniaria cumple una función *satisfactoria*, y en el caso del segundo tipo, hablaríamos de una función *compensatoria*.

Concepto de Daño Extra Patrimonial

Partiendo de la premisa que en este punto se analizará el concepto del *daño extra patrimonial*, hay que indicar que debe conjugar lo manifestado en líneas anteriores, es decir, un concepto inicial de “daño”, ya entendido como aquella afectación o resultado negativo; adicionalmente he manifestado un concepto concreto de la característica de *extra patrimonial*, entendida esta como aquella falta de materialidad que resulta de la afección de un derecho personal enfocado concretamente en el resultado intangible de dicha afectación, radiando su carencia de objetividad pues al ser extra patrimoniales se encuentran reducidos a una valoración económica – material-, que, por demás está indicar la dificultad que implica asignar valores a aspectos meramente personales; diferenciando que cuando estamos frente a un daño patrimonial hablamos de *satisfacción* y cuando estamos frente a un daño extra patrimonial debemos referirnos a la *compensación*, en la virtud de que no es posible revertir el daño. Me concierne citar a Calvo (2006) , quien manifiesta lo siguiente:

El daño a la persona abarca un conjunto omnicomprendivo, entre otros, del daño estético, del daño psíquico, del daño a la vida de relación, del daño al proyecto de vida, del daño a la identidad personal, del daño a la intimidad, del daño biológico, del daño sexual, etc., y especialmente del daño a la salud. (p. 500 y 348)

Reforzando lo manifestado, esta aseveración citada devela el abanico de los daños a la persona, los cuales representan la naturaleza de los individuos al ser extremadamente subjetivos, si bien se puede determinar una afección como las que indica el autor, a una persona, no existe una regla general que establezca de manera prevista en qué grado puede afectar a uno o a otro individuo, todos tenemos una distinta apreciación de las dimensiones de los daños mencionados.

Tomando las palabras del Morán (2010), indica, sobre los daños extra patrimoniales las siguientes líneas:

Esta valoración jurídico-social, responde a la nueva tendencia del derecho social, cual es la de tutelar el mundo íntimo del hombre; los valores que rodean a su personalidad moral; los daños que resulten por atropellar esos valores del individuo no tienen una apreciación, ni menos valoración tangible; pero para el individuo quizás, dependiendo de su formación es la parte más valiosa de su patrimonio; ese patrimonio no es negociable como cualquier bien material, y el agraviado deberá estar atento para hacer valer su derecho y defender su patrimonio moral frente a cualquier agresión. (p. 71)

Este autor toma al concepto de *daño extra patrimonial* como una “valoración jurídico-social”, como resultado de una corriente que surge en el derecho social que apunta a la protección del fuero interno de los individuos; menciona también que es imposible obtener una apreciación sobre los resultados dañosos sobre los valores de un sujeto, por ende no existiría posibilidad de verificar de manera tangible estos resultados. El autor citado también hace referencia a la naturaleza subjetiva de este tipo de daño, ya que habla de la “formación” de los individuos, misma que permite percibir y asimilar de manera distinta en una y otra persona, finiquitando en la falta de posibilidad de “negociar” estos valores intrínsecos al ser humano, distante y diferente de los daños patrimoniales; en este sentido, y finalmente, el autor también engloba la característica de antijuridicidad de los daños extra patrimoniales, pues habla de la defensa sobre cualquier agresión, hablando de una defensa jurídica, una acción, un proceso.

Enrique Barros (2006) ha referido también a los *daños extra patrimoniales* sobre lo cual ha indicado:

c) Más impreciso es el concepto de *daños no patrimoniales*, que el uso ha subsumido bajo la denominación común de *daño moral*. Lo cierto es que el término ‘daño moral’ tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que se hace referencia. En efecto, la idea de un daño ‘moral’ alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad, pero sólo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como,

por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida. (p. 231)

Precisión en la cual indica que los daños extra patrimoniales han sido reducidos, por el “uso”, al *daño moral* concepto que representa una especie de daños extra patrimoniales, pues este se enfoca en los daños causados a la honra. Ante este percance conceptual y la imprecisión aludida, reduciendo a una especie de daño, emerge otra situación que representa un conflicto en cuanto a la cuantificación del resultado, es decir, es prácticamente imposible medir mediante una cifra o una cantidad, el daño físico, al dolor, al honor, al buen nombre, a la reputación de un individuo o peor aún la afección al proyecto de vida de una persona.

De los conceptos citados, se observa el común denominador del conflicto que se presenta al intentar traducir aspectos indeterminables a indicadores estadísticos, con la finalidad de tasar, medir, cuantificar o valorar en forma material, las consecuencia de un daño al fuero interno de un individuo; sin embargo, con la práctica y el desarrollo jurisprudencial se han llegado a establecer ciertos criterios de valoración que permiten realizar la conversión para así compensar los perjuicios de carácter extra patrimonial, los cuales trataré en lo posterior.

1.4. Responsabilidad Civil (Requisitos)

Para abordar el tema de la responsabilidad, debemos ubicarnos en el área de las obligaciones, puesto que, en materia de Daños, quien causa daño de cualquier índole a otra persona, automáticamente se ubica en la situación jurídica de obligado a reparar el menoscabo ocasionado; en concreto, la responsabilidad actúa como consecuencia del daño, es decir, ya cuando se ha producido el daño. La responsabilidad se observa como una figura jurídica en diferentes ramas del Derecho, como el efecto de la realización de un hecho antijurídico o la inobservancia de normas -quebranto de ley por omisión-; por ejemplo, la Responsabilidad Penal se origina por el cometimiento de una infracción que acarrea la determinación de la responsabilidad del autor, sobre quien recae el poder punitivo del Estado; en la Responsabilidad Administrativa encontramos similitudes con la anterior ya que observamos el poder sancionador de la Administración Pública en situaciones previstas para tal efecto. En la Responsabilidad Civil, ocurre una circunstancia similar, pues se presenta una

obligación de reparar correspondiente a la persona que altera las circunstancias normales de otra, en cuanto a bienes jurídicos o intereses legítimamente protegidos, y a consecuencia de esto se materializa un daño o perjuicio; se diferencia de las anteriores porque aquí estamos frente a una relación de Derecho Privado, indicando que para que exista responsabilidad se deben verificar elementos tales como: a) hecho antijurídico; b) daño o perjuicio; c) conducta culposa o dolosa; y d) nexo causal.

Para reforzar lo indicado, me permito citar a Pantoja (2015), quien conceptualiza a la responsabilidad civil de la siguiente manera:

(...) la responsabilidad civil es la obligación de asumir todas las consecuencias patrimoniales o económicas que nacen de un acto, conducta o hecho, que ocasione un daño a otro; destacamos que un elemento importante es el daño, pero ¿significa esto que siempre que hablamos de responsabilidad esté, indefectiblemente, presente un daño cometido en contra de alguien? Pues, aparentemente, y en una concepción superficial podríamos decir que cabe decir que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño; tal es, desde luego, el sentido etimológico de la palabra: el responsable es el que responde; la responsabilidad se deriva, en lo que denomina la ciencia jurídica, desde el Derecho Romano, como el “*Neminem laedere*”, o lo que significa, en otras palabras, que nadie puede perjudicar a otro injustamente (...) (p. 83)

En consonancia con lo manifestado, me permito citar a Morán (2010), quien sobre la responsabilidad indica:

Por otro lado la RESPONSABILIDAD que en materia de daños exige la presencia de dos personas, o entes, uno que agrede, agravia, y otro el perjudicado. Finalmente la RESPONSABILIDAD constituye la situación jurídica en que se ubica una persona, merecedora de una sanción, por su vinculación directa o indirecta con los hechos dañosos, que han causado perjuicios a terceros; sanción que en el orden civil es de carácter patrimonial. (p. 163)

Este concepto recoge las premisas que se han manifestado en líneas anteriores, sin embargo, refiere que la “sanción” que se impone al actor de un daño corresponde a un factor

patrimonial dentro del Derecho Civil, misma que se consolida con el acto de reparar el daño que se ha causado.

En torno a la puntualización sobre la responsabilidad, cabe realizar la diferencia respectiva en cuanto a responsabilidad objetiva y subjetiva, con el afán de establecer parámetros reparatorios a los sujetos causantes de daños extra patrimoniales.

Cuando se entiende que el *daño* es aquel resultado negativo sobre los bienes o integridad de un individuo, se debe indicar que este es el presupuesto por excelencia para que exista una situación de resarcimiento, por ende, sin la existencia de un daño no se podría hablar de responsabilidad, y por la naturaleza de los daños que se analizan hablamos de responsabilidad civil; así lo puntualiza Moisset de Espanés (1998):

(...) el daño es el elemento indispensable para que se genere la responsabilidad civil, ya que si no se ha ocasionado un daño, aunque haya mediado un acto ilícito (objetiva o subjetivamente ilícito), no ha de nacer ninguna obligación civil para el agente(...) (p. 396)

Entendiendo que el génesis de la responsabilidad civil -objetiva o subjetiva- es el hecho dañoso; acarreando este su reparación, pero para hablar de su reparación, debemos enfocarnos en los “requisitos” o presupuestos que se deben observar para deducir que estamos frente la existencia de un daño y que este, lógicamente, sea resarcible; estos presupuestos los podemos puntualizar en cuatro, sintetizando la variedad de circunstancias que se presenten a la par de un daño; estos requisitos son los siguientes:

- Hecho
- Daño o perjuicio
- Culpa
- Relación de causalidad entre el hecho y el daño

Con lo mencionado cabe hacer un análisis de cada uno de estos presupuestos de resarcimiento sobre el daño visto de manera general, desde el enfoque de la responsabilidad civil:

I. Hecho:

Para que se dé el surgimiento de la responsabilidad civil, es primordial la existencia de un acto, un hecho generador, el cual se constituye como la materialización de la voluntad de una persona, y a raíz de ésta nos encontramos con dos elementos, el primero es un elemento intangible, mismo que se genera en la psique de la persona y se mantiene en el mundo ideal individual; el segundo elemento se caracteriza por ser perceptible por los sentidos ya que goza de materialidad física que se observa en el hecho que representa de manera física la idea inicial; debemos ser puntuales en la indicación que éste hecho puede presentarse de una forma positiva -acción- y en una forma negativa -omisión-.

Es adecuado resaltar que nos encontramos frente a una acción de singularizar, tanto al causante del daño, quien comete una acción u omite una circunstancia, y su actuar genera responsabilidad, misma, que debe tener relación -directa- con el perjuicio producido.

Mencionado esto, se asimila que ésta *singularización* se encuentra relacionada con la persona, sujeto, individuo; en conclusión, el agente dañoso, en contra de quien se presenta una acción con el objeto de que éste sea quien se encargue de restituir el estado anterior al daño producido, conocido en Derecho como legitimado pasivo; requisito *sine qua non*, para que un daño sea resarcido. Ante lo que el tratadista Pantoja (2015) acierta lo siguiente:

Decir que el perjuicio es individual equivale a decir que es personal o, lo que es lo mismo, que es padecido por una persona en su patrimonio material o inmaterial, daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Es el perjuicio que sufre un “individuo” y que él mismo reclama como propio, circunstancia que, por regla general, se ha deducido como indispensable para que el daño sea resarcible. (p. 260)

Es así que la individualidad del hecho como tal, presenta una relación muy fina con la *relación de causalidad*, misma que trataremos más adelante como otro requisito de responsabilidad civil.

II. Daño o perjuicio:

El daño también se conoce como perjuicio ya que conceptualmente se podrían tomar como sinónimos, y éste se constituye como aquel perjuicio que se genera en los bienes o intereses de una persona, mismo que puede presentarse en una esfera patrimonial, es decir, una afección que verse sobre bienes materiales; y, en una esfera extra patrimonial, esto es, afecciones que recaigan sobre el ámbito personal de un individuo, entendidos éstos como daños morales que pueden ser objetivos o subjetivos, así como daños a la persona.

Es importante en éste punto hacer referencia a la antijuridicidad, la cual en sentido lato hace referencia a una circunstancia entendida como contraria a lo jurídico, a lo legal, a la norma, en efecto, algo ilícito; es así, que en materia de daños, la antijuridicidad representa otro requisito para que se genere responsabilidad civil y un daño causado pueda ser resarcido, teniendo claro que con la circunstancia ilícita se genera una lesión se debe encontrar recogida en el ordenamiento jurídico y la acción se concluya como contraria a la norma; al verificarse la acción ilícita surge inmediatamente el concepto de *responsabilidad civil*, entendida esta como aquella obligación que tiene el sujeto que cometió el ilícito, de responder por su actuar, esta puede derivarse de un contrato y también de una situación extracontractual. Al hablar de la responsabilidad nos encontramos en un punto en el cual ya se puede determinar quién es el obligado a resarcir un daño ya que este no debe ser justificado por el ordenamiento jurídico, esta aseveración la realizo con el objeto de expresar que existen daños que causan perjuicios que no generan la obligación de reparar, por circunstancias eximentes de responsabilidad civil como el caso fortuito y la fuerza mayor, a manera ilustrativa indico que en derecho penal existe la figura del estado de necesidad y la legítima defensa, paralelamente en el ámbito civil la existencia de la responsabilidad contractual o extracontractual.

Es pertinente conceptualizar a la fuerza mayor y al caso fortuito, con el objeto de exponer cuáles serían posibles eximentes de responsabilidad civil, entendidos ambos como situaciones imprevistas que no son posibles prevenir, sin embargo, existen diferencias entre ambos:

Caso fortuito: éste concepto apunta hacia una circunstancia que resulta inesperada, sin embargo, si ésta circunstancia puede ser previsible, pero resulta imprevista a la voluntad de las personas.

Fuerza mayor: el concepto de fuerza mayor recae sobre circunstancias totalmente ajenas a la voluntad de la persona, por lo tanto, resulta imprevisible por parte de los individuos y su voluntad, lo cual se representa con una situación inevitable.

En ambos casos nos encontramos frente a situaciones que se constituyen como eximentes de responsabilidad civil, pues son factores externos que van a influir en que la responsabilidad civil no recaiga sobre un individuo, en vista de que no son situaciones relacionadas con la culpa o el dolo del quien causa un daño a otro.

¿Existe la posibilidad de resarcir daños futuros?

Resalta el cuestionamiento sobre los daños futuros, ante lo cual cabe realizar la diferenciación entre “daños futuros *necesarios*” y “daños futuros meramente *contingentes* o *eventuales*”; entendidos los primeros como aquellos daños que ostentan una alta probabilidad de producirse una vez que se cumpla la situación justificada en un proceso, encontrándose aquí la pérdida de una oportunidad futura, que deben ser resarcidos; los segundos, guardan la característica de inciertos, pues estos tienen la probabilidad de producirse y de no hacerlo, lo cual llevaría a situaciones desiguales en caso de ser “reparados”.

En conclusión, la certidumbre del daño tiende a verificar la existencia material de este, y como consecuencia, en base al daño poder realizar de manera limitada el cálculo del resarcimiento en concordancia con los principios indemnizatorios. Es pertinente tomar las palabras de Martínez (2003), quien manifiesta el siguiente concepto con el cual se verifica la importancia de acreditar la certidumbre del daño:

La certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia. Es la certidumbre sobre el mismo. Por tanto, el concepto está referido a su existencia y no a su monto o credibilidad. El concepto de certeza no tiene nada que ver con su futuridad. (p. 259)

III. Culpa:

Para hablar de la culpa como requisito de la responsabilidad civil, debemos indicar que ésta se constituye como un requisito primordial, ya que sin la existencia de la culpa de un individuo dicha responsabilidad no podría existir.

En éste punto es importante abordar que la responsabilidad civil se origina por culpa o por dolo, lo cual hace referencia netamente a la intencionalidad de quien causa un daño, es decir, la *culpa* como tal comprende la falta de deber objetivo de cuidado por la cual se causa un perjuicio, en la cual no existe la intencionalidad de dañar; lo contrario ocurre cuando tratamos al *dolo*, entendido éste como la voluntad maliciosa de una persona en ocasionar un perjuicio a otra persona. Es importante mencionar que en éste requisito lo que manda es la intención de causar un daño, o la falta de ella; independientemente de cual fuere la causa, ambas formas generan responsabilidad de reparar al agraviado.

IV. Relación de causalidad o nexo causal:

Éste requisito de la responsabilidad civil se consolida como el vínculo que conecta al daño con el sujeto en el cual recae la responsabilidad que se le atribuye, para lo cual es imperioso que el daño o perjuicio que se causa sea un resultado directo que provenga de la causa que genera el hecho dañoso.

Se entiende a éste como aquel vínculo entre la reacción directa de una acción dañosa y la reacción de perjuicio, entendida como la reacción causa y efecto; adicionalmente de servir como un requisito de resarcimiento, la individualidad y el nexo causal se enfocan en un aspecto relevante para la reparación, y este es la responsabilidad; en el terreno de la imputabilidad del daño, es el nexo causal el factor que permite determinar el grado de imputabilidad que tiene el sujeto individualizado en torno al perjuicio causado, por ende este perjuicio se resarce solamente cuando proviene del daño.

Toda vez que se haya producido un daño de la índole que fuere, se deben verificar los requisitos a los cuales he hecho alusión con la finalidad de que establecer la responsabilidad y de que un daño sea resarcido, determinando el hecho generador del daño, el daño en sí, la culpa o dolo del causante del daño y la relación de causalidad entre el daño y quien lo causa;

para así poder determinar la responsabilidad del infractor. Una vez que se hayan reunido todos estos requisitos, de manera válida y verificable se podrá considerar el resarcimiento de los daños, entendido como reparación, indemnización o reversión, conceptos que propenden a retrotraer al sujeto agraviado a la situación en la que se encontraba antes de sufrir el perjuicio.

1.4.1. Teoría de la Responsabilidad Objetiva

Para tener un primer acercamiento con la responsabilidad objetiva debo indicar de manera general que esta clasificación proyecta a enfocarse directamente en el daño, mismo que es el resultado material de un riesgo que se encontraba bajo la observancia del responsable, de manera independiente de la determinación de culpa; es decir, debe existir la reparación por parte del responsable en base a la teoría del riesgo, entendida esta como la actuación por parte de un sujeto que para obtener un resultado para sí, genere riesgo, y así recae la responsabilidad sobre aquel que sin culpa genera un daño patrimonial o extra patrimonial. Morán (Morán Sarmiento, 2010, pág. 177) ha establecido tres elementos para configurar este tipo de responsabilidad: 1. Resultado dañoso material o moral; 2. Existencia del agraviado; y 3. Relación de causalidad entre el resultado dañoso y el titular del medio del riesgo. De esta manera podemos notar que no se requiere el elemento culposo o doloso para establecer un responsable, al tener en cuenta que en la sociedad encontramos un abanico muy amplio de riesgos aceptados, sin embargo el desarrollo conlleva al surgimiento de nuevos riesgos sobre los cuales la persona que obtuvo algún resultado a costa de poner en riesgo a otra, y así generar un daño, de manera legítima debe repararlo; la responsabilidad objetiva persigue la justicia, evitando situaciones excluidas que podría devenir en resultados injustos o derechos desprotegidos.

1.4.2. Teoría de la Responsabilidad Subjetiva

A diferencia de lo que establece la responsabilidad objetiva, esta clasificación de responsabilidad se enfoca en la acción humana, es decir, se basa en la imputabilidad o culpabilidad del sujeto ejecutor de un daño; cuando no exista este particular no se puede hablar de responsabilidad subjetiva, razón por la cual se debe realizar un examen previo de culpabilidad del infractor con el objeto de determinar la antijuridicidad del hecho, por ende,

los elementos de dolo o culpa existentes. En este sentido, se observa la conducta del agente infractor para ligarla al daño causado y así determinar la reparación correspondiente; es pertinente indicar eximentes de responsabilidad, los cuales pueden ser el caso fortuito o la fuerza mayor, fuera de estas circunstancias que liberan responsabilidad, se debe analizar el resultado dañoso, ya sea patrimonial o extra patrimonial, y el proceso que se llevó a cabo para realizarlo. En conclusión, este tipo de responsabilidad se enfoca en la persona que causa directamente el daño.

1.4.3. Responsabilidad Contractual

La responsabilidad contractual se entiende como aquella que se genera por la falta de ejecución de una obligación contraída previa a una relación o vínculo plasmado en un contrato, es decir, el acuerdo de voluntades de las partes, siempre y cuando ésta falta de ejecución genere daños que pueden ser probados; lo que quiere decir que el daño nace por la falta de cumplimiento de la obligación contraída, mas no, el incumplimiento, por ésta razón el daño merece reparación, por lógica si existe incumplimiento de contrato existe la acción pertinente para su reclamo en vista de que aquello no implica responsabilidad contractual.

1.4.4. Responsabilidad Extracontractual

La responsabilidad extracontractual implica lo contrapuesto a la responsabilidad contractual, por ende se entiende como aquella que surge en ausencia de una relación jurídica, es decir, para que exista responsabilidad extracontractual no debe existir un acuerdo de voluntades entre quien genera el daño y quien lo soporta, mencionado ésto, el daño se produce por el accionar de un sujeto que puede encasillarse en una conducta dolosa o culposa, por ende, la responsabilidad nace netamente por el perjuicio.

1.5. Requisitos del Daño para que sea resarcible

A sabiendas de que todo daño conlleva responsabilidad y consecuentemente una reparación, este debe encontrarse estructurado para adquirir la calidad de daño y así pueda ser reparable, conforme a lo que en la doctrina se han desarrollado cuatro presupuestos que son considerados requisitos para que entendamos que nos encontramos frente a un daño, y

esto debe ser que el daño sea: 1) *directo*, 2) *actual*, 3) *cierto* y 4) *antijurídico*; ante esto detallaremos cada uno de los presentes requisitos:

- 1) *Directo*: este requisito hace referencia a que el perjuicio -daño- debe surgir como un acontecimiento derivado de una acción u omisión de una persona; este requisito se encuentra enlazado estrechamente con la relación de causalidad entre el sujeto causante del perjuicio y el resultado, entendido como el daño.
- 2) *Actual*: este requisito refiere a una situación temporal del daño, es decir, que un daño se considera actual cuando este es verificable y existe en el momento que se propone una acción procesal, y este persiste cuando vaya a ser reparado. Se debe considerar la tesis de la existencia de daños futuros, si es el caso de que lleguen a suscitarse, entendidos éstos como una excepción a la regla general de que los daños para ser tales deben ser actuales.
- 3) *Cierto*: este requisito de certidumbre es esencial ya que refiere a la existencia real del daño, esto es, que una vez que éste se haya consumado, genera aquella facultad al accionante para reclamar su reparación; debemos tener en cuenta que éste requisito refiere concretamente a los efectos jurídicos que generaría un daño, considerando también el deber que tenemos las personas de soportar un daño en casos determinados, y en base a esto poder comprender la idoneidad de la reparación en base a los efectos que cause el daño.
- 4) *Antijurídico*: este es el requisito final para que un daño sea considerado como tal y pueda ser resarcido, esto implica que el agravio recaiga sobre un bien o interés jurídicamente protegido.

En cuanto a los requisitos que se han puntualizado para que un daño sea resarcible, es importante mencionar que a pesar de encontrarnos frente a ellos, no todo perjuicio o daño que se cause a una persona, sea éste derivado de una relación contractual o extracontractual, así se cumplan todos los elementos de la responsabilidad, puede que no sea resarcible, en virtud de que existen daños que los individuos se encuentran en el deber de admitirlos; por éste motivo surge la necesidad de determinar la obligación de cuando ciertos daños deben ser reparados y cuando no, en éste sentido el requisito de antijuridicidad adquiere una

trascendencia importante, pues en base a aquello se puede determinar los efectos del daño que merece ser reparado.

1.6. Obligación de Reparación del Daño Extra Patrimonial

Al hablar de “reparación”, la primera impresión que surge de manera general suele estar relacionada con el término “indemnización”, situación que se ha producido en virtud de la práctica del Derecho de Daños; la reparación implica aquella acción de remediar, restaurar, subsanar, desagraviar, satisfacer, resarcir o compensar; y al puntualizar estos verbos se observa que la reparación es uno de los fundamentos del Derecho de Daños, mismo que ostenta un carácter de obligatoriedad al ser una consecuencia ineludible, el regresar las cosas a su estado original, sin daño.

Al ser la reparación uno de los fundamentos de esta rama del Derecho, López (2009) indica lo siguiente:

En primer lugar, la reparación es jurídica, porque permite que la sociedad, mediante una serie de procedimientos (leyes y procesos jurídicos) pueda radicar la culpa legalmente en un sujeto o entidad *para que la culpa no circule inconscientemente en todos sus miembros* y pueda lograrse un proceso de reconstrucción histórica, reconciliación y justicia. En segundo lugar la reparación es simbólica, porque a pesar de que jamás podrá cubrir los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales son de carácter irreparable, produce algo nuevo que representa un concepto de justicia, indispensable para la convivencia social. (p. 314)

Con la puntualización doctrinaria, se concreta en que la *reparación* es una circunstancia jurídica, es decir, surge como necesidad de la sociedad y se legitima a través de los cuerpos legales como instrumento para “radicar la culpa legalmente en un sujeto o entidad”, lo cual significa que la reparación legalmente reconocida determina un sujeto físico o institucional, con la finalidad de que no quede dispersa la culpa de un daño y así poder obtener un resultado justo; en segunda instancia, entiende a la reparación como un símbolo, pues en casos concretos, como en los daños extra patrimoniales resulta imposible restablecer las cosas a su estado anterior entonces se observa el carácter simbólico mediante el cual se pretende un resultado reparatorio “justo”.

Desde esta perspectiva enfocada desde el concepto de la reparación integral, se puede notar la lógica existente pues los daños de carácter extra patrimonial tienen la particularidad de ser irreductibles a una denominación numérica por lo tanto no son susceptibles de ser cuantificados en dinero, sin embargo, la reparación integral tiene un carácter binario, pues implica reparar de forma material e inmaterial, puntualizando que la indemnización pecuniaria corresponde a una reparación material y en sentido inmaterial o simbólico existen otras medidas como las disculpas públicas, entre otras; en lo tocante a los daños extra patrimoniales surge el conflicto de la subjetividad sobre qué es lo que se indemniza cuando existe un daño de este tipo.

Barrientos (2008) ha manifestado, “...no hay una clara diferencia de los conceptos que se indemnizan dentro del “daño moral”...” (p. 85-106); de lo que se traduce que en la actualidad no existe un pensamiento uniforme sobre lo que se pretende resarcir o reparar en los daños extra patrimoniales, se tiene claro las causas y las consecuencias, pero no se da una definición clara de lo que se repara por la naturaleza subjetiva del daño y connota la libertad de las partes para pretender y de los jueces para cuantificar los daños causados. Este autor afirma también que la figura del *pretium doloris* ha sido sobrepasada con el transcurso del tiempo pues ahora implica una especie de daño moral, sin embargo, los jueces se acogen a esta tras el intento de establecer límites a la cuantificación de indemnizaciones de los daños extra patrimoniales, situación que es asimilada como errada pues el autor sugiere la diferenciación entre “daño moral puro” y el “daño moral con consecuencias pecuniarias” (p. 85-106), y de esta manera clarificar el conflicto de cuantificación de la reparación de los daños extra patrimoniales por la dificultad latente de apreciar económicamente el dolor.

Bajo esta línea de investigación, Söchting (2006) dedicó su investigación al *quantum*, es decir, la reducción a una cifra económica los perjuicios extra patrimoniales que ha provocado una persona a otra a manera de compensación; el autor manifestó:

La referida y la sociedad en general han sido muy críticas con el actuar de los tribunales de justicia en cuanto a la determinación del daño moral. Indemnizaciones en globo, esto es, sin distinción entre daños materiales y morales, sumas totalmente distintas en casos similares, falta de fundamento de las sentencias en las cuales se otorgan o deniegan los daños morales, son algunas de las críticas que se les hacen a

los jueces. Existe la impresión de que la determinación de la cuantía del daño moral nunca puede ser objetiva. Esta cuestión no es menor, ya que tiene directo efecto sobre aspectos importantísimos de la vida en sociedad. (p.51-87)

Criterio que manifiesta la imposibilidad de abstraer la cuantificación de los medios reparatorios de un carácter subjetivo y hacerlo objetivamente debido a que en ciertos casos se otorga, como estos medios, indemnizaciones totalmente divergentes en casos que comparten aspectos en común, situación que tiene repercusiones sociales; sin embargo este autor advierte ciertas circunstancias como acertadas para la fijación del *quantum* indemnizatorio y son: a) Culpabilidad del ofensor; b) Circunstancias personales y sociales del ofendido; c) Gravedad de la lesión inferida y d) Beneficios obtenidos por el ofensor.

Cabe indicar que estas circunstancias que sirven para la fijación de un monto reparatorio se encuentran recogidas en el Código Civil ecuatoriano, en concreto en el artículo 2232, mismo que en su literalidad expone:

*Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la **gravedad particular del perjuicio sufrido** y de la falta.*

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización **atentas las circunstancias**, previstas en el inciso primero de este artículo. (Subrayado y cursiva y negrita es agregado)*

Es así que se puede verificar que el legislador traduce las circunstancias que hemos mencionado de manera implícita en el artículo citado, por lo tanto, sirven como parámetro para que el juzgador pueda proceder con una cuantificación basada en el texto legal.

En este sentido, el autor Abarca (2010) ha manifestado que se puede infringir daños contra derechos patrimoniales y extra patrimoniales, considerando que los bienes extra patrimoniales de la persona sí son susceptibles de ser dañados, por ende existe la obligación de ser reparados, rompiendo la visión tradicional de los daños, la cual se enfocaba netamente en lo patrimonial; la clave se encuentra en establecer los límites acordes a los daños extra patrimoniales.

1.7. Reparación Integral en el Ecuador

Hoy en día se apuesta por la protección de derechos y garantías, en consonancia con el modelo constitucional que recoge el Ecuador, pues la Constitución de la República, consagra el Principio de Reparación Integral enfocado a las diversas materias como penal, civil, ambiental y constitucional, es decir, este principio es la base fundamental de las normas que prescriben hechos antijurídicos que pueden causar daño de cualquier índole sin hacer una clasificación expresa, sin embargo todo daño merece ser reparado de manera integral y este principio se encuentra recogido en el artículo 86 numeral 3 de la Constitución²; así, de conformidad con el texto constitucional que se encuentra desarrollado desde el artículo 10 del texto constitucional³, en el cual dentro de los Principios de aplicación de los derechos, se establece la titularidad de las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades sobre los

² “Art. 86.- 3. *Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.*”. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 , 20 de Octubre 2008.

³ “Art. 10.- *Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.*”. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 , 20 de Octubre 2008.

derechos que garantiza este cuerpo constitucional. Siguiendo el articulado, en el artículo 11 de la Carta Magna, se encuentran plasmados los Principios para ejercicio de los derechos de los ciudadanos, principios que de manera general previenen el ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos y comunidades; sin embargo, para el presente estudio, cabe citar el numeral dos del mentado artículo, en el cual se establece lo siguiente:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Iniciando el análisis de este numeral con la premisa de que todas las personas ostentamos igualdad y tenemos exactamente los mismos derechos y obligaciones en base al contrato social, que se ve plasmado en la legitimación constitucional; en segundo lugar, se preestablece que nadie puede ser discriminado por razón alguna con el objeto de “menoscabar” el ejercicio de derechos de cualquier individuo; finalmente este numeral apunta a las medidas que debe adoptar el Estado, de carácter afirmativo, con el objeto de generar una situación de igualdad entre los individuos en el ejercicio de sus derechos, evitando desfases en cuanto a derechos personales y colectivos.

Al leer la norma constitucional, asimilamos el reconocimiento de derechos a los sujetos que se determinan en la Carta Magna, por ende, se entiende que al ser reconocidos a los titulares estos pueden ejercer su derecho a reclamar cuando se vean afectados de cualquier manera, principios que son iguales jerárquicamente y lo más importante irrenunciables e inalienables, es decir, no son delegables, transferibles, no se los puede inobservar.

El articulado de la Carta Magna, todavía dentro de su parte dogmática, en su Capítulo VI, concretamente en el artículo 66 establece los Derechos de Libertad, mismos que deben ser reconocidos y garantizados; en este punto no se analizará todos los derechos de libertad reconocidos en la Constitución, sin embargo haré referencia a los relacionados directamente con el objeto de estudio de esta investigación, y son los reconocidos en los siguientes numerales: tres, cuatro, cinco, siete, y dieciocho. Citaré a continuación estos numerales con el fin de ampliar la aseveración realizada sobre la relación que existe con la Reparación integral en el Ecuador. El numeral 3 literal “a” del artículo constitucional 66 establece: “3. *El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual...*”; texto en el cual hago especial énfasis por el motivo de que se encuentra reconocido como un derecho constitucional la *integridad psíquica y moral*, entendiendo por integridad psíquica a la conservación del equilibrio emocional, anímico y mental; y, por integridad moral a la conservación del equilibrio en el desarrollo personal de acuerdo con las convicciones de cada individuo sobre lo correcto e incorrecto. En base a esto, se evidencia la subjetividad a la cual estaríamos haciendo frente ya que es un campo sumamente frágil y con límites extremadamente delgados al hacer referencia al fuero interno, a algo intangible e incuantificable, sobre los cuales más adelante indicaré los conflictos que se generan al momento de calcular una fórmula reparatoria cuando se produzca un daño en estos ámbitos.

El numeral cuatro de la Constitución establece: “4. *Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.*”; derecho que apunta hacia la condición de equidad que tenemos las personas en relación al grupo social al que pertenecemos, es decir, nadie se encuentra en un rango superior o inferior, todos nos encontramos en condiciones similares, cuando se habla jurídicamente; por tanto, todos tenemos derecho a ser respetados y en el caso de ser víctimas en cualquier sentido por cualquier daño, tenemos el derecho a ser reparados sin discriminación. En consonancia con lo manifestado el numeral cinco del mismo artículo establece: “5. *El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.*”; a simple vista representa el principio básico de no hacer daño a nadie, indicando que los derechos de una persona terminan donde empiezan los de otra, sin embargo en la práctica, usualmente estos límites se ven sobrepasados de manera constante, ante lo cual se activa el Principio de Reparación, existiendo el derecho de reclamo, el debido

proceso, para concluir en el correcto resarcimiento de un derecho o interés legítimo que haya sido agraviado.

Cabe mencionar el numeral siete de este artículo, que reza: “7. *El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.*”; en este numeral ya podemos observar que se refiere a “toda persona agraviada”, es decir, una persona que fue sujeta a un daño tiene el derecho a que la acción que generó el agravio injustificado, sea “rectificado” de manera inmediata, obligatoria y gratuita; en este punto se encuentra implícito un concepto de reparación sobre infracciones -acciones antijurídicas- de las cuales haya sido perjudicado.

De manera secuencial, conforme a lo pertinente del artículo 66 que está siendo analizado, debo traer a colación el numeral dieciocho, en el cual de manera imperativa establece: “18. *El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.*”; uno de los numerales más importantes en relación a esta investigación, pues con este texto puedo indicar que existe el reconocimiento del derecho al honor y al buen nombre -bienes extra patrimoniales-, y al existir el reconocimiento de estos derechos, lógicamente existe el derecho a reclamarlos cuando se vean afectados, y estos al ser afectados también develan el derecho a ser reparados; es el mismo texto de este numeral el que impera que “la ley protegerá” a la persona, lo que implica que el hecho de proteger representa aquel *escudo* que ampara y defiende derechos con el fin de evitar daños, y en el supuesto negativo que se genere algún daño, pretende revertir esto hasta llegar a un estado indemne o reparado.

Con lo indicado sobre el artículo analizado, se observa que la estructura constitucional del Ecuador prevé desde el año 2008 como derechos de libertad el honor y buen nombre, entendidos para este texto como derechos extra patrimoniales, proyectados a velar por la integridad psíquica y moral, siendo el respaldo el derecho a ser reparados este tipo de daños, por lo que es menester citar el artículo 78 de la Constitución, con el afán de estudiar la manera en la que se encuentra plasmada la reparación de manera constitucional, indicando así que:

“Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.”

Si bien el citado artículo hace referencia a situaciones de índole penal, se puede observar que ya se hace referencia directa a mecanismos de reparación integral, incluso se extiende de manera concreta a aspectos que comprenderían dicha reparación y trastoca un término muy relevante, la “indemnización” entendida como una máxima del Principio de Reparación; sirve como referencia para el ámbito civil ya que la indemnización representa una parte importante en la reparación de daños -patrimoniales y extra patrimoniales- como mecanismo de protección a agraviados. Esta visión constitucional la concluyo citando el artículo 82 de la Constitución, el cual manifiesta lo siguiente:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Cito el presente artículo con el objeto de indicar que para poder llegar a una reparación de daños, se observan los requisitos que he mencionado con anterioridad, estos son, que el daño sea *directo, actual, cierto* y antijurídico; adicionalmente se observa al *hecho*, al *daño*, a la *culpa o dolo* y a la *relación de causalidad entre el hecho y el sujeto* como requisitos de la responsabilidad civil, que se evidencian implícitamente en nuestra Constitución y adicionalmente se incorporan y se desarrollan de una manera más específica en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así como en el Código Orgánico Integral Penal, los cuales permitirían obtener dicha reparación.

Una vez que he establecido los lineamientos constitucionales en los que se proyecta la reparación en el Ecuador, es primordial determinar la norma pertinente para el presente

estudio, que en el caso del Ecuador, el Código Civil en el artículo 2229 se enfoca en la “reparación del daño” este artículo hace referencia netamente a la reparación de los daños patrimoniales en los que no presenta dificultad para cuantificar la reparación; sin embargo, más adelante en este Código, en el artículo 2231 se recoge a la responsabilidad por daño extra patrimonial, en el que se establece:

Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si e prueba el daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.⁴

Si se analiza este artículo este tipo de daño extra patrimonial es reducido primordialmente a un ámbito económico ya que da el derecho a la víctima de reclamar dinero por el daño provocado a su persona; este particular choca con el principio de Reparación Integral ya que únicamente se prevé el costo del daño; el grado de complejidad referente a los daños de carácter extra patrimonial aumenta en el artículo 2232, en vista que la demanda de indemnización reconocida en este cuerpo legal fija únicamente el parámetro de prudencia del juez la determinación de la cuantía de la indemnización, por ende implica subjetividad para la parte accionante ya que podrá fijar una cuantía exuberante enfocado únicamente en lo económico, chocando nuevamente con el Principio de Reparación Integral, en vista de que se habla exclusivamente de *indemnización*, mas no de reparación; viéndose restringido a una cantidad dineraria, develando el conflicto en la normativa civil ecuatoriana en torno a la confusión entre indemnización y reparación, conflicto que se presenta al inicio, en el desarrollo y en el finiquito de un proceso de reparación de daños extra patrimoniales. Ésta situación relativamente conflictiva, se desarrolla de mejor manera en otras normas del ordenamiento jurídico interno, como lo es en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual consagra lo siguiente sobre la reparación integral:

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la

⁴ Código Civil. Registro Oficial-Suplemento 46, Quito, Ecuador, 24 de junio de 2005.

situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

En éste mismo sentido el Código Orgánico Integral Penal sobre la reparación integral consagra el siguiente texto legal:

Art. 78.- Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

- 1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.*
- 2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.*
- 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.*
- 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.*
- 5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.*

En base a los artículos citados se puede evidenciar el tratamiento que recibe la reparación integral en estos cuerpos legales, observando una diferencia marcada, lo que servirá para poder analizar en lo posterior los aspectos normativos que genera ésta particularidad.

1.8. Valoración Económica del Daño Extra Patrimonial (*pretium doloris*)

Partiendo de la idea de que una indemnización económica es parte de la reparación de un daño, sin restringir, a que se entienda indemnización como reparación total; es importante analizar el hecho de cómo se valora económicamente un daño extra patrimonial como una forma de reparación. En cuanto a los daños patrimoniales no encontramos conflicto pues los daños se evidencian sobre bienes que pueden ser sustituidos sin mayor inconveniente; el conflicto real, surge cuando se pretende calcular o tasar un daño que se evidencia en el patrimonio personal, mismo que es intangible, no material, en efecto los bienes o intereses de este tipo no pueden ser sustituidos por uno nuevo, situación que conlleva a un intento de establecer parámetros de medición con el fin de obtener un *quántum* con el cual se pueda representar un sector de la reparación integral.

En ese sentido, cabe hacer referencia a la locución *pretium doloris*, misma que en sentido estricto se conceptualiza como “el precio del dolor”; en primer lugar, esta locución al precisar el término “precio” le otorga ya un sentido de valoración económica, un valor o un costo sintetizado en una indemnización, parte de la acción reparatoria. En segundo lugar, al tomar el término “dolor” como aquel sentimiento negativo o afección interna, intangible, inmaterial, no patrimonial, no apreciable en dinero; entonces el *pretium doloris* se concentra en la acción de dotar una cantidad dineraria, misma que es destinada a compensar el sufrimiento causado a un sujeto dependiendo del caso.

Es importante tomar las palabras de Gómez y Marín (2015), quienes han manifestado que:

Los daños personales no son patrimoniales, pues no existe un mercado de bienes sustitutivos a las lesiones corporales o la muerte de la víctima del daño. En la mayoría de los casos, es posible, sin embargo, valorar las consecuencias, transitorias o permanentes, de la lesión o del impacto económico que la muerte de la víctima del accidente produce en sus allegados, que reclaman la compensación de tales consecuencias económicas. De este modo, pese a la ausencia de contenido patrimonial de los daños personales, es posible cuantificar las consecuencias de su padecimiento, pues su sufrimiento tiene siempre un reflejo económico directo. (p. 36)

El texto citado engrana con lo manifestado con anterioridad, de manera acertada el autor refiere a los daños personales como una especie de daños extra patrimoniales, y concuerda con la inexistencia de “bienes sustitutivos” cuando se afecta de manera física o emocional a una persona, no obstante, establece que sí existe la posibilidad de valorar las secuelas que se presentan cuando surgen este tipo de daños, indicando que el sufrimiento “tiene siempre un reflejo económico directo”, en referencia a los casos sucintos que refiere el autor, pretende develar la posibilidad de atender a las consecuencias económicas de un daño extra patrimonial de carácter personal identificada como una compensación, en virtud de la imposibilidad de volver a su estado anterior.

Situación similar respecta a los daños extra patrimoniales de carácter moral, ante lo que los mismos autores Gómez y Marín (2015), refieren:

Los daños morales son siempre no patrimoniales. Así lo impone el carácter de los bienes y derechos cuyo perjuicio define la existencia de un daño moral. La víctima de tales daños carece de un mercado en el que adquirir los bienes o derechos afectados por un daño moral o que permita que el responsable del perjuicio pueda restituir a la víctima con bienes o derechos equivalentes. Es cierto que el sufrimiento de un daño moral puede tener incidencias patrimoniales en la víctima del daño. Así, por ejemplo, en la disminución de su capacidad de obtener ingresos o desarrollar actividades. Sin embargo, en la medida en que tales situaciones no tengan un reflejo físico, que merezca un tratamiento cuantificable, la repercusión económica de los daños morales es tan difícil de evaluar como la propia existencia de tales daños. Son, sin embargo, daños. (p.37)

Los daños morales son la muestra por excelencia de los daños extra patrimoniales, por la carga de subjetividad que representa la expresión misma de “daño moral”, el cual se enfoca en lo más íntimo de la persona; se puntualiza, una vez más, la carencia de posibilidad de sustituir bienes o derechos afectados por el efecto de un daño moral, así mismo, el autor precisa la imposibilidad de restituir al agraviado bienes o derechos “equivalentes”; sin embargo, indica que el “sufrimiento” que causan este tipo de daños, pueden influir en el ámbito patrimonial de las personas. La principal influencia negativa en el patrimonio de un sujeto agraviado se observa cuando esta situación apremiante se refleja en la disminución de

las capacidades del afectado, entendida esta disminución en el aspecto que permitiría desenvolverse de manera normal en la obtención de recursos económicos, como parte del desarrollo y crecimiento personal. Cabe recalcar que se verifica un conflicto al intentar observar las repercusiones físicas por daños morales, pero de manera principal, surge el conflicto sobre la existencia del daño en sí.

Pese a las notorias dificultades sobre la valoración de los daños extra patrimoniales de manera general, se ha tratado de establecer ciertos criterios de valoración, que podrían encaminar tanto al reclamante y al juez competente, a una correcta reparación en función de una valoración previa a la acción y al momento de concluir con una decisión judicial que sustente la reparación integral.

Si bien en la actualidad se realiza una diferencia entre los daños de carácter patrimonial y extra patrimonial, aquello ha acarreado que se desarrolle el tratamiento doctrinario sobre los aspectos colaterales que aparecen y merecen ser objeto de estudio, es por esta razón que sobre la problemática que se presenta hoy en cuanto a la valoración de los daños extra patrimoniales se han realizado estudios y propuestas tentativas, algunas ya han sido recogidas por algunos países, para una valoración acorde al daño causado, pues Gómez y Marín (2015) han analizado las propuestas de solución para este tema y han planteado posibles soluciones como son: a) la subsunción del daño moral en la indemnización del daño patrimonial; b) coordinación judicial: las tablas judiciales de valoración del daño moral; c) el establecimiento de límites cuantitativos; d) la valoración basada en la disposición a pagar y e) la expropiación de los beneficios obtenidos con la infracción.(p. 59-75)

Los autores llegan a estas probables soluciones luego de analizar al daño moral y su naturaleza extra patrimonial, por ende, la imposibilidad de ser avaluado de manera económica, situación que *“...provoca que la cuantificación del daño dependa de valoraciones que solo pueden ser personales. Primero de la víctima y, después, del juez que decide la condena...”* (p.56); como resultado de esta circunstancia conflictiva e incierta, este estudio aclara el panorama del daño extra patrimonial y su carencia de “límites objetivos”; al carecer de límites, correlativamente existe la carencia de reglas, razón por la cual estos autores han propuesto las consideraciones anteriormente detalladas, con el objeto de

evolucionar en Derecho y cuantificar lo incuantificable; en aras de llegar al fin último que es la Justicia, a través del Principio de Reparación Integral.

Por otra parte, Pizarro (2013) también ha tomado en consideración esta arista de la materia de daños y ha manifestado:

Es preocupante comprobar la falta de criterios relativamente uniformes para calibrar de manera cualitativa y cuantitativa el daño moral, que suele convertirse en un grave problema para el abogado a la hora de asesorar a su cliente, y para el juez, al tiempo de dictar sentencia. (p.434)

Con esta puntualización, también el autor se dedicó a analizar criterios de valoración del daño moral -extra patrimonial- que los toma de la doctrina y la jurisprudencia, y los enumera de la siguiente manera: a) relación con el daño patrimonial, mismo que precisa como "inaceptable"; b) criterios puramente subjetivos del juzgador, también criticado por el autor ya que lo encasilla como un "exceso de subjetivismo"; c) gravedad de la falta cometida por el responsable, también criticada pues dice el autor que esta sería una solución "insensata", la cual rechaza rotundamente; d) Gravedad objetiva del menoscabo causado, acordando con este criterio pues el autor indica que se debe ser objetivo al resolver; y e) gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño, criterio final que analiza el autor y percibe una "tonalidad punitiva" en el hecho de reparar al daño.

En conclusión, doctrinariamente existe el tratamiento sobre criterios valorativos, sin embargo, no se ha unificado una corriente sobre estos criterios, razón por la cual persiste la naturaleza subjetiva, radicando en un criterio del juzgador el imponer circunstancias como reparación en relación a la magnitud de los daños causados.

1.9. Análisis de la figura de los daños extra patrimoniales en la normativa ecuatoriana

Realizar una investigación requiere analizar el objeto de estudio desde el lugar en el que se producen los efectos, para lo cual es pertinente analizar la figura de los daños extra patrimoniales en la normativa ecuatoriana, con la finalidad de brindar al lector un panorama claro sobre como se encuentra prevista esta figura, qué derechos protege, cómo accionar la

vía judicial, los límites de la reparación integral y los conflictos que se presentan en cuanto a la errónea idea de que la reparación en los daños extra patrimoniales se reduce únicamente a indemnizaciones exuberantes.

En el Ecuador se establecen derechos y obligaciones desde la Carta Magna, mismos que conforme al modelo neo constitucionalista al cual pertenecemos, protege de manera primigenia coadyuvado con el resto de leyes en el caso de existir vulneraciones que puedan ser sometidas a la justicia ordinaria; en el caso concreto, hablamos de daños extra patrimoniales y en el Ecuador la norma pertinente para efecto de estudio es el Código Civil, cuerpo normativo que recoge a esta figura desde su artículo 2214, en el cual de manera inicial se establecen los efectos de los delitos y cuasidelitos, es decir, los daños provenientes de acciones dolosas o culposas, sobre lo cual de manera restringida hace referencia únicamente a la obligación de *indemnizar*, como “sinónimo” de reparación; en artículos siguientes se observa el desarrollo homogéneo y de manera implícita lo referente a la responsabilidad sobre daños patrimoniales y extra patrimoniales, esta, de carácter objetiva y subjetiva, puntualizando que el Ecuador recoge el sistema de responsabilidad subjetiva, mismo - 47 - a que como se ha indicado se enfoca en la acción humana basada en la culpa del sujeto como factor determinante de la responsabilidad.

Cuando de daños extra patrimoniales se trata, el Código Civil, a partir del artículo 2231 y 2232 recoge al daño extra patrimonial por excelencia: *el daño moral y el daño a la persona*, mismos que me permito citar para analizarlos:

*Art. 2231.- Las imputaciones injuriosas **contra la honra o el crédito de una persona** dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.* (texto remarcado en negrita y subrayado es agregado)

De manera explícita, el citado artículo, refleja la intención del legislador de plasmar en la norma el derecho que tiene una persona cuando se ve afectada su honra, sin embargo, de manera restrictiva indica que el agraviado tiene derecho a “demandar indemnización pecuniaria”, realidad que genera un problema tanto para el agraviado como para el juez, en vista de que en este artículo solo percibimos el derecho a demandar una cantidad dineraria,

la cual es el equivalente total a una reparación integral; este particular choca con el principio de reparación integral en el sentido de que estaría dejando de lado la reparación inmaterial a los daños extra patrimoniales, en un intento fútil de otorgar un precio monetario a derechos tan íntimos y delicados. El elemento dinerario prevalece, ya que observamos que el artículo se enfoca en la afección o pérdida económica que pudo sufrir el agraviado, sin tener en consideración que no todo daño extra patrimonial se ve reflejado en un perjuicio económico, caso contrario, propende a compensar una situación agobiante.

Con el derecho reconocido en la normativa, el mismo Código Civil prevé la acción correspondiente a un perjuicio extra patrimonial, y expone:

Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

*Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación **quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.***

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo. (texto remarcado en negrita y subrayado es agregado)

El presente artículo presenta tres circunstancias, en primer lugar refiere a los casos no previstos en este cuerpo legal, abriendo las posibilidades de protección de derechos; también refiere a una característica de justificación de la indemnización según la gravedad del daño, es decir, la indemnización se realiza en función del daño. En segundo lugar el artículo recoge

a la responsabilidad, como la obligación de reparar los daños extra patrimoniales que se causen, ampliando en este sentido ya no solamente los daños morales, sino, se observa un intento de “tipificación” de varias conductas que generan daños de carácter no patrimonial; y en tercer lugar este artículo refiere concretamente a los requisitos para que un daño sea reparable, es decir, la certidumbre, la relación de causalidad y la antijuridicidad, no obstante, la parte final de este artículo otorga discrecionalidad total al operador jurídico al momento de dotar un valor dinerario a esta reparación material, basada exclusivamente en la “prudencia”, circunstancia en la que se ve plasmado el nivel alto de subjetividad en este tipo de daños y su reparación; es decir, no representa un límite legal ni constitucional.

En el mismo Código Civil en artículos siguientes se establece lo referente a quién puede accionar en contra de quien cause un daño, y es la víctima el titular del derecho agraviado, o en su defecto los representantes en caso de requerir, por ejemplo, si por el daño se causa la muerte a la víctima, quienes deben reclamar serían sus derechohabientes. Adicionalmente la Ley reconoce la independencia de la reparación de *daños morales* -extra patrimoniales- por su naturaleza, ya que las otras leyes regulan también de manera independiente las diferentes circunstancias que acarrearán reparación en otras áreas del Derecho, como es en el Derecho Penal, o Derecho Laboral.

Hay que puntualizar que legalmente en el Ecuador las acciones por daños prescriben en el tiempo de cuatro años, que se cuentan desde el momento que se perpetra el acto dañoso, ya sea por dolo o por culpa, prescripción que se encuentra prevista en la normativa civil en el artículo 2235 del Código Civil que reza lo siguiente: “*Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.*”; resulta pertinente indicar que en el Ecuador en éste tipo de acciones no existe prejudicialidad, por el hecho que son acciones autónomas civiles sin perjuicio de existir otras causas en otras materias, reconocido en el artículo 2234, el cual manifiesta: “*Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.*”; conforme al artículo citado se puede observar que las acciones por daños son llevadas por cuerdas separadas a procesos en los cuales un mismo hecho haya generado perjuicios en otro ámbito legal, que en cuanto a lo

procesal se encuentra regulado por el Código Orgánico General de Procesos, mismo que corresponde al Procedimiento Ordinario⁵ por ser un proceso de conocimiento, en vista de que no tiene un procedimiento específico para su tramitación; en el Ecuador no se observa mayor desarrollo en cuanto a los daños y su reparación en el campo civil, sin embargo, en otras áreas como la constitucional o la penal se encuentra desarrollado de mejor manera en cuanto a reparación integral -material e inmaterial-, para lo que me permito citar los siguientes artículos.

La Constitución de la República del Ecuador en cuanto a las disposiciones comunes a las garantías jurisdiccionales, establece en su artículo 86 numeral 3 lo siguiente:

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

En este numeral evidenciamos que la reparación integral se refleja de manera directa y el juez se encuentra en la obligación de declarar la vulneración de derechos y en función de aquello ordenar la respectiva reparación integral misma que deberá ser cumplida.

De manera concordante con la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, también recoge al principio de reparación integral

⁵ “Art. 289.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506, 22 de mayo de 2015.

en los procesos constitucionales, como podemos observar en el artículo 18, el cual consagra lo siguiente:

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si

la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

Conforme a la norma citada se puede observar un mayor desarrollo legal en materia constitucional, la cual detalla de manera explícita lo que comprende la reparación integral en casos de violaciones a derechos constitucionales.

En consonancia con lo mencionado, en materia penal, concretamente en el Código Orgánico Integral Penal, se ha desarrollado también la figura de la reparación integral a la cual he referido, y en su artículo 78 establece mecanismos de reparación integral como los siguientes:

Art. 78.- Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

- 1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.*
- 2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.*
- 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.*
- 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.*

5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.

El presente artículo es muestra fehaciente de la corta edad del Código Orgánico Integral Penal, la cual empata con el modelo constitucional vigente, al igual que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, situación que no ocurre en el ámbito civil. Cabe indicar además que si bien sí se reconoce la acción para reclamar la reparación de daños extra patrimoniales en el Ecuador, se debe tener en cuenta cuestiones de fondo como los medios probatorios, en donde radica otro conflicto, al tener que enfocarnos en probar aquellos hechos que constituyan la acción antijurídica para determinar dolo o culpa y que estos hechos hayan ocasionado el daño al agraviado; tratándose de daños extra patrimoniales resulta complejo establecer de manera objetiva los daños en los medios probatorios, razón por la cual, consiste en una acción articulada compleja para llevar al convencimiento al operador jurídico para que sentencie a favor del agraviado.

Es pertinente recalcar la autonomía de las acciones por daños, lo cual implica que en éste aspecto dependiendo de la materia en la que se esté tramitando una pretensión que conlleve la reparación integral se verificarán los medios idóneos para justificar el menoscabo a derechos de diversa índole, indicando de manera enfática que un mismo hecho puede constituir una infracción que tenga efectos jurídicos en distintas áreas, sin que se pueda alegar prejudicialidad, como ya hemos mencionado, en razón de la autonomía que representan; ésta particularidad la podemos verificar en el artículo 2234 de nuestro Código Civil, mismo que consagra lo siguiente: “Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.”; mencionando que a través de aquella podemos palpar la autonomía normativa que otorga ésta norma a las acciones por daños extra patrimoniales. Para efectos de generar una exposición gráfica de la autonomía del daño, e permito citar a Piedra (2017), quien realiza el siguiente cuadro explicativo:

(Citado en Piedra, 2017).





CAPITULO II

LIMITES AL PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL

2.1. Principio Alterum Non Laedere

Al hablar de este principio universal del Derecho, mismo que en su traducción al castellano comprende el hecho de “*no hacer daño a nadie*”, apunta al carácter preventivo del Derecho de Daños, llevando al frente la característica deontológica del deber de no dañar a otro, a sabiendas que este comprende un principio del derecho natural. Implica que el *deber ser* de los individuos en sociedad, significa relacionarse de manera pacífica y respetuosa, desde principios de la sociedad organizada como lo es el Derecho Romano, a cuestras de Ulpiano quien definió tres principios universales del derecho, *honeste vivere, sum cuique tribuere* y *alterum non laedere*, pretendiendo establecer las bases principialistas de una sociedad que empezaba a regularse con leyes supuestamente conocidas por todos los individuos, indicando que sobre todas las actuaciones sociales, los individuos debían *vivir honestamente, dar a cada quien lo que le corresponda* y *no hacer daño a nadie*; verificamos que desde entonces ya se reflejaba el intento de establecer una premisa que prevenga situaciones “antijurídicas” en ese entonces, por conductas reprochables de un individuo para con otro, yendo desde daños materiales hasta daños a la honra y buena reputación. Podemos observar que este principio se remonta a los inicios de la sociedad, al igual que los conceptos de Derecho y de Justicia; desde esta óptica y la antigüedad que comprende este principio, se vio reflejado ya en la estructura jurídica que el hecho de causar daño a otro genera responsabilidad, misma que propende a devolver a la persona afectada, la tranquilidad que mantenía. Me permito citar a Ghersi (1992), quien refiere lo siguiente en torno a la *obligación de no dañar*:

La obligación de no dañar es el fundamento de la convivencia y representa este fenómeno universal a que aludimos, con un contenido particular para cada lugar y tiempo, y se manifiesta en la protección de la integridad del ser humano en toda su plenitud (como esencia del ser) y en la preservación de sus bienes y servicios como signo vital de su existencia. Ello, como hemos podido ver, con una formación concreta de nuestro derecho positivo. (p. 184 y 185)

El autor plasma de manera actualizada la obligación establecida desde el principio *alterum non laedere* en las líneas citadas, lo toma como una base para la convivencia humana en el desarrollo continuo de la vida en comunidad, por consiguiente la prevención y

protección que cobija a cada sujeto de manera integral, es decir, en todo ámbito de las personas por el hecho de serlo; finalmente manifiesta que esta obligación se recoge acertadamente dentro del derecho positivo, ya que no basta con ser un principio si no se encuentra respaldado en la norma.

En nuestra legislación, este principio tiene un fundamento constitucional y legal, que se refleja como un principio general que aplica para cada una de las disciplinas del Derecho; mismo que se encuentra ligado estrechamente con otros conceptos como el de *responsabilidad y reparación integral*. Estas afirmaciones tienen como objeto el análisis de la correcta estructura, del hoy conocido Derecho de Daños, que parte desde el inicio de la vida en sociedad y las primeras reglamentaciones de esta; a su vez, se verifica el aspecto preventivo y correctivo de este principio jurídico, no obstante, cabe mencionar que el mismo puede ser objeto de una errónea aplicación en cuanto a lo que reparación respecta, ya que la amplitud y generalidad del mismo no devela de manera concreta los límites a los cuales debe estar sujeta la reparación; hay que tener en consideración que el principio *alterum non laedere* no tiene como objeto limitar a la reparación, mas, en la actualidad el Derecho es el resultado de una evolución constante y por este hecho evolutivo, nos ha permitido establecer un marco sobre el que se pueden desarrollar mecanismos y técnicas reales, concretas y limitadas de reparación de daños, con la finalidad de evitar posibles aprovechamientos y malos usos de principios generales del Derecho como el referido en estas líneas.

2.2. Principio de Reparación Innatura

También se conoce en doctrina como Reparación Natural o Reparación en Naturaleza, y de manera general se refiere a un tipo de reparación que apunta hacia el restablecimiento de la víctima al estado en el cual se encontraba con anterioridad al hecho que causó un daño, ya sea este patrimonial o extra patrimonial; de conformidad al tipo de daño causado, va a depender el tipo de *reparación innatura* aplicable, puesto que en un primer momento al velar por retrotraer a la víctima a su estado inicial, es decir, sin daño, se pretende obtener cierta asistencia directa por parte del causante del daño que en este caso sería la parte accionada, ya que la reparación se ordena mediante sentencia judicial en caso de elevar la acción correspondiente; y en un segundo momento al observar la imposibilidad material de retrotraer a la víctima a su estado anterior al daño, surge la necesidad de otorgar a favor de la víctima

cierta cantidad dineraria que cubriría los efectos negativos causados en la víctima. Estos dos momentos a los cuales referimos, se reflejan con más claridad si hacemos la diferencia en torno al tipo de daño indicando que en el primer momento, cuando se trata de un daño patrimonial la *reparación innatura* adquiere relativa facilidad, en el sentido de restituir cierta cosa que puede ser cuantificada sin problema y por consiguiente ser traducida a una cantidad dineraria en el caso de no poder restituir un bien de la misma calidad y en las mismas condiciones en las cuales fue dañado; en cuanto al segundo momento aumenta el grado de dificultad de la *reparación innatura* puesto que nos encontramos frente a la intención de “reparar” daños de carácter extra patrimonial, entendidos estos como únicos, irremplazables y hasta cierto punto considerados irreparables, sin embargo, cabe mencionar que de los daños extra patrimoniales se pueden determinar los daños que pueden afectar las distintas esferas de la persona en sí, y de manera simple haremos referencia a dos tipos de daños extra patrimoniales que resultan más comunes en la práctica y estos son los daños a la persona y los daños morales; en cuanto a los daños a la persona verificamos la necesidad de repararlos y la obligación del agente dañoso de hacerlo, teniendo en cuenta que desde la óptica de la *reparación innatura* resulta de manera evidente revertir el daño causado, no obstante, a manera de reparación se calcularía una suma de dinero que debe ser cuantificada en base a la gravedad del daño corporal y el costo de la sanación, entendiéndose este como el límite establecido por el mismo principio de reparación *innatura*; tratándose de los daños morales la dificultad asciende puesto que es sumamente complejo cuantificar el precio al perjuicio moral de una persona, el cual tiene el objeto de subsanar de una manera compensatoria la afectación a la víctima en base a principios que trataremos con posterioridad. En base a lo expuesto me permito citar a Barros (2006), quien puntualiza lo siguiente en cuanto a la restitución en naturaleza:

- a) La restitución en naturaleza comprende un conjunto de pretensiones cuyo fin no es simplemente compensar económicamente al deudor por el daño sufrido, sino restituirlo a la condición efectiva en que se encontraba antes del hecho del demandado.

El más elemental requisito para que proceda la restitución en naturaleza es que ella resulte *posible*. Si la víctima ha muerto o la cosa se ha destruido y no es posible su

sustitución, la reparación en naturaleza está descartada y sólo procede la indemnización compensatoria.

b) Si la restitución en naturaleza resulta posible, aunque sea sólo de manera incompleta (como suele ocurrir con las lesiones corporales), el principio es que la víctima tiene derecho a exigir del responsable ser restituida de la forma más cercana posible al estado anterior al provocado por el ilícito del demandado, o que éste indemnice al demandante con la cantidad de dinero suficiente para que pueda hacerse cargo de la reparación. En otras palabras, la finalidad de la reparación en naturaleza se puede satisfacer por dos medios diferentes: por un lado, el responsable es condenado a *efectuar la restitución*; por otro, el demandado tendrá que *indemnizar el costo de restituir*. (p. 877)

El presente fragmento indica los lineamientos que comprende la reparación innatura, teniendo en consideración el nivel de posibilidad que exista para aplicar este tipo de reparación y a su vez en este mismo texto el autor Barros (2006) manifiesta lo siguiente sobre la reparación *innatura* de los daños extra patrimoniales y menciona:

196. Restitución en naturaleza de los daños no patrimoniales. El dinero puede contribuir a *reparar en naturaleza*, al menos en parte, algunos daños morales. Así, puede permitir a la víctima de un shock nervioso recurrir a un tratamiento psiquiátrico; a quien ha sufrido un accidente de tránsito, someterse a una intervención quirúrgica que restablezca la armonía en su rostro; a quien ha sido difamado, efectuar publicaciones en defensa de su honra. en estos casos, la indemnización cubre propiamente *perjuicios patrimoniales*, consistentes en los gastos necesarios para que la víctima sea llevada a la condición anterior al accidente.

En otros casos, la restitución en naturaleza se puede lograr por medios más directos, que no se traducen propiamente en una indemnización. Es lo que ocurre, por ejemplo, si en caso de una difamación se pretende una retractación pública, la publicación de una sentencia condenatoria del difamador o, incluso, el reconocimiento de una indemnización simbólica, por ejemplo, de un peso. (p.301)

El autor presenta la posibilidad de que el dinero sea un mecanismo o un medio material para restablecer el estado anterior al daño, el estado natural del afectado, hablando de daños extra patrimoniales; ejemplifica con casos hipotéticos en los que ocurren daños a la persona y daños morales en los que una indemnización se presume como el factor que devolvería el estado anterior; no deja aislada la premisa de que el dinero cubre una sección material-patrimonial del agraviado, hablando de llevarlo a una “condición anterior al daño” lo cual resulta un tanto difícil ya que no se hablaría de una reparación innatura como tal ya que surge una nueva condición para el agraviado, similar a la que tuvo con anterioridad al perjuicio.

El autor adicionalmente habla sobre la posibilidad de que la reparación innatura sea lograda a través de mecanismos inmateriales como disculpas públicas, o actos que conlleven la satisfacción del agraviado. Estas puntualizaciones resultan un tanto incompletas en vista de que la esencia de la reparación en naturaleza apunta a situar al sujeto en una posición en la cual no se evidencie daño alguno ni queden secuelas de este; en los ejemplos presentados en el texto en referencia, el criterio del autor se verificaría la posibilidad de tasar el sufrimiento corporal y mental de una persona, lo que implica una reparación compensatoria, más no innatura; criterio personal del autor. Considero que la noción del autor sobre la reparación en naturaleza de los daños extra patrimoniales se acopla de mejor manera sobre un concepto de reparación integral.

2.3. Principio de reparación por equivalencia

Una vez que se ha puntualizado la reparación innatura conforme a todas las características que implica, y bajo la premisa de que todos los daños merecen una reparación sea cual fuere su naturaleza, considerando que en los daños patrimoniales cuando existe un perjuicio surge la necesidad de reponerlo y en los daños extra patrimoniales también merecen una reparación, debemos considerar que no siempre vamos a estar frente a un escenario en el cual se puedan revertir las cosas a su estado anterior, como promulga la reparación en naturaleza, y es por ésta razón que surge la noción de reparación por equivalencia.

La reparación por equivalencia surge como una necesidad, concretamente cuando no existe la posibilidad de regresar al agraviado a una situación anterior, es decir, ésta alteración

merece ser reparada a través de una compensación, que comúnmente, comprende el cálculo de una suma de dinero que es destinada a subsanar el daño.

En lo patrimonial se puede fijar un precio sobre el bien que ha sido objeto del daño sin mayor inconveniente; caso contrario ocurre con los bienes extra patrimoniales, ya que éstos son considerados como invaluable e incuantificables; por esto, la reparación por equivalencia adquiere una característica excepcional. Cabe indicar que éste tipo de reparación no se circunscribe únicamente a subsanar un daño mediante un monto de dinero, en vista de que cualquier medio que sirva como un modo de compensación puede ser usado como equivalente al daño causado para ser reparado; no obstante, como se ha mencionado el dinero es el medio más utilizado cuando se pretende reparar de manera equivalente los derechos que no se pueden reponer.

2.4. Principio de Reparación Integral

A partir del año 2008, el constitucionalismo en el Ecuador marca un hito en Derecho, pues entra en vigencia una Constitución netamente garantista que se apegó al modelo neoconstitucionalista, el cual dejaba de lado la corriente legalista de la constitución anterior; enfocada en dar relevancia a principios constitucionales sobre los cuales se van a fundamentar las normas del ordenamiento jurídico, entendidos estos principios por Robert Alexy como “mandatos de optimización”, es decir, estos preceptos superiores del Derecho tienen como finalidad obtener los mejores resultados referentes a los derechos que protegen. En este sentido cabe mencionar que con esta transición, los jueces pasan a ostentar un papel significativo en cuanto a Derecho y derechos, pues dejan de ser operarios aplicativos de la ley creada por el legislador, y empiezan a ser interpretes directos del espíritu de la norma basados en principios, en aras de velar por la justicia como fin último.

Al tener los jueces este nuevo rol de intérpretes de la Constitución y por ende de los principios recogidos en esta, es imperioso determinar que uno de los principios destacados en la Carta Magna es el Principio de Reparación integral, desmembrándolo con el fin de determinar cuál es el origen y alcance de esta norma superior. Debemos partir indicando que un principio en Derecho se puede conceptualizar como aquel *fundamento* o *idea*, del cual se tiende la base para las normas, aspirando de una manera finalista que estas normas observen estos fundamentos preestablecidos. En cuanto al concepto lato de reparación, debo

puntualizar que implica el hecho de *componer*, dando una idea de la existencia de un daño sobre una cosa tangible o intangible; en cuanto a Derecho, se puede entender a la reparación como aquella circunstancia que *remedia, restaura, enmienda, subsana, desagravia, satisface, resarce, compensa o indemniza*, a un sujeto que ha sufrido algún tipo de daño como resultado de una conducta antijurídica. En relación al concepto *integral* debo indicar que este manifiesta la característica holística que abarca el cubrimiento de todos los aspectos relativos a una cosa; en Derecho resulta el abarcamiento total de las circunstancias que pudieren haber sido alteradas.

De manera concluyente, adicionando estos conceptos, en materia de daños se entiende que el Principio de Reparación Integral es aquel fundamento en el cual se sustentan las normas del ordenamiento jurídico, con la finalidad de remediar los resultados dañosos de una manera integral, es decir, en el ámbito material como inmaterial, con el fin de que las cosas adquieran el estado anterior al daño.

Es pertinente citar a Pantoja (2015) quien manifiesta como objetivo la *justa y plena reparación* de la siguiente manera:

La reparación integral es uno de los grandes pilares sobre los que se asienta el moderno Derecho de Daños, que orienta sus esfuerzos hacia una justa y plena reparación del detrimento injustamente causado. Para alcanzar este objetivo, es indispensable que, como regla general, la víctima sea resarcida en forma integral o plena, pues de esa manera se restablece el equilibrio preexistente, alterado por el hecho dañoso. (p. 326)

En concordancia con lo mencionado, el autor citado considera a este principio como básico en materia de Daños, al ser la máxima en esta materia; sin embargo, sobre la relativa facilidad con la que se puede asimilar este principio, existen dificultades que se presentan al hablar de reparación de aspectos que carecen de materialidad, esto es en concreto los resultados dañosos de carácter extra patrimonial; en base a lo mencionado me permito citar nuevamente a Pantoja (2015) en la que refiere sobre estas dificultades:

(...) el principio básico más importante en materia de daños es el de reparación integral. La reparación debe colocar a la víctima en una posición lo más parecida

posible a aquella en que se encontraría si no se hubiese producido el daño. **No cabe duda que la aplicación del principio de reparación integral resulta más difícil en el caso de daños morales porque respecto de ellos no es posible, desde un punto material, devolver a la víctima a la situación en que se encontraría si el daño no se hubiera producido. No obstante, ello no significa que el principio no rija respecto a este tipo de daños, sino que, en nuestra opinión, debe entenderse en el sentido de que este tipo de daños debe dar lugar a cuantías indemnizatorias que la sociedad perciba como suficientes y justas.** (p. 327) (letra remarcada en negrita es agregado)

El fragmento citado, refiere de manera sucinta y concreta varios aspectos sobre el principio de reparación integral, indicando así que como ya conocemos, este principio propende a retrotraer a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de sufrir el daño, sin embargo, este autor refiere a una “posición lo más parecida” en caso de no ser posible arribar a la situación anterior; abriendo las puertas al conflicto estudiado, pues también refiere a la dificultad que representa esta premisa en cuanto a “los daños morales”, refiriendo así de manera general a los daños extra patrimoniales. Esta dificultad sobre este tipo de daños la sustenta desde una óptica materialista, pues de manera material no es posible subsanar un daño extra patrimonial por su naturaleza misma; este particular no excluye a los daños extra patrimoniales de estar bajo el principio de reparación integral, al contrario, este apunta a la reparación de todo tipo de daño y el autor manifiesta que una forma de reparación a ellos es la concesión de “cuantías indemnizatorias que la sociedad perciba como suficientes y justas”; en este aspecto tenemos una manera plausible, no obstante se evidencia un esbozo de subjetividad sobre lo que se puede considerar suficiente y justo, recayendo este criterio directamente a la *sociedad*, entendiendo que el juez es el representante de la sociedad quien tiene un criterio suficiente para considerar algo justo, injusto, suficiente o insuficiente; sin establecer un límite concreto de reparación.

El principio de reparación integral en la doctrina también es conocido como *reparación plena* e incluso algunos autores la tratan como *indemnización integral*, en base a lo cual es menester de esta investigación estudiar las aristas a través de las cuales se articula este Principio y los límites a los cuales se encuentra circunscrito, mismos que aparentemente

se encuentran difusos en el mundo jurídico e incluso en algunos casos se aprecian como “inexistentes” en razón de la naturaleza del daño, no obstante, cito el criterio de Pantoja (2015), quien manifiesta:

El principio de reparación integral, tal cual ha sido clásicamente reconocido, manda que el perjuicio sea el límite de la reparación. Se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio. Este principio forma parte del sistema de responsabilidad civil y más ampliamente aún, del sistema de reparación del daño. A menudo se utiliza el término “*reparación*” como genérico que incluye la reparación en forma específica y la indemnización pecuniaria. La primera puede pedir el dañado, si así lo prefiere y está sujeta a límites de razonabilidad (debe ser posible, no excesivamente gravosa, etc.). La segunda se puede pagar mediante una suma de dinero.

La reparación integral de los daños debe incluir tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales (o morales), incluyendo dentro de los primeros el daño emergente y lucro cesante. La reparación integral de los daños sólo es posible mediante la vertebración de sus diversos componentes, lo que implica una radical separación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, pues no es razonable mantener ninguna regla que indemnice indiscriminadamente unos y otros. Al identificar y delimitar los distintos conceptos dañosos se evita tanto que queden daños sin indemnizar, como que se produzca enriquecimiento por doble indemnización. (p. 335)

Este criterio advierte que el principal límite de la reparación es el perjuicio causado al sujeto afectado, es decir, se propende a cubrir absolutamente todos los resultados que perjudicaron al sujeto, no se puede extralimitar la reparación para que en su defecto se genere un beneficio injustificado del agraviado. El autor también puntualiza en la importancia de este principio dentro del concepto de la responsabilidad civil, sin dejar de observar que la reparación integral corresponde netamente al daño, con independencia de la rama del Derecho en la cual fuere aplicable su reclamación, considerando que los daños extra

patrimoniales comprenden una clasificación doble, en primer orden los daños morales que se dividen en objetivos y subjetivos, y en segundo lugar comprenden los daños a la persona⁶.

En estas líneas, en las que se plasman las consideraciones del tratadista citado, se observa el pensamiento de éste y manifiesta que el término “reparación” generalmente abarca la integridad de los mecanismos de desagravio, en términos propios: “*la reparación en forma específica*” y “*la indemnización pecuniaria*”; traducidos estos en la reparación integral, misma que engloba el aspecto material e inmaterial, como detallaremos en lo posterior; en estos mecanismos reparatorios se incluye a las indemnizaciones dinerarias como una forma de reparación material restitutoria en daños patrimoniales y compensatoria en daños extra patrimoniales. Cabe mencionar que la reparación se observa en base a la petición del interesado, la cual es puesta en consideración del operador jurídico correspondiente, con el objeto de que aquel sea quien constate la necesidad de la solicitud de mecanismos de reparación y determine cuáles son los adecuados, en torno a lo solicitado para llegar a la calidad de indemne.

Finalmente, en el texto citado, el autor al denotar que la reparación es inseparable a los daños, determina indistintamente que si existe un daño patrimonial o extra patrimonial, estos deben ser reparados; adicionalmente indica que esta reparación va a ser posible de manera exclusiva en base a lo que él menciona como “*vertebración de sus diversos componentes*”, lo que significa que se debe disgregar los mecanismos reparatorios conforme a la clase de daño que se pretende reparar; el objeto de esta distinción es evitar situaciones injustas para los sujetos inmersos en controversias de este tipo ante lo que puede presentarse una reparación mediocre y por ende insuficiente que repercute directamente en la persona que se pretende reparar y a su vez pueden ocurrir situaciones opuestas, como lo es una “reparación” exagerada lo cual implicaría que una persona so pretexto de ser agraviada, se le otorgue una calidad superior de lo que se podría considerar justo, incluyendo una reparación repetitiva que puede generar beneficio al agraviado y perjuicio a quien repara. Ésta circunstancia se puede encasillar en la figura de *enriquecimiento injustificado*, lo que implica que sin una causa legítima, una persona pretenda beneficiarse de una acción civil por daños

⁶ Remitirse al gráfico citado en la página 54 de éste texto, con el objeto de clarificar lo mencionado.

para incrementar su patrimonio sin causa alguna, constituyéndose éste actuar como un abuso del Derecho.

En conclusión, el principio de reparación integral, como su nombre lo dice, agrupa todas las vías idóneas para llegar al objetivo, y dentro de este se encuentran las siguientes que son analizadas en esta investigación: 1) reparación *innatura* (*en naturaleza*); 2) reparación material; y 3) reparación inmaterial. Hay que ser enfáticos en que esta se calcula en base al perjuicio y en primer lugar se propende a una reparación en naturaleza, porque el objeto de esta es posicionar, física y figuradamente, al accionante en la misma situación en la que éste se encontraría en caso de que el daño no se hubiere producido. En segundo lugar, se observa la forma material de reparar los daños ocasionados, con el fin de restituir o compensar al accionante según el daño -patrimonial o extra patrimonial- para satisfacer las necesidades de este a raíz del daño sufrido. En tercer lugar, hablamos de una reparación de carácter inmaterial la cual no restituye los derechos que han sido atropellados, sino representan acciones positivas simbólicas en favor del accionante con el objeto de suavizar los efectos del daño.

En esta línea de investigación hay que mencionar que la reparación integral representa un concepto supremamente amplio y es por esto que, al momento de calcularla, sobre todo cuando se calcula sobre daños extra patrimoniales, surge una serie de conflictos considerando que la reparación del daño se relaciona con la justicia correctiva y se basa en la responsabilidad civil por culpa; por ende no se puede considerar a esta como parte de la justicia retributiva en aras de buscar la reparación.

2.5. Reparación inmaterial

Una vez que ya hemos abordado un concepto general de *reparación*, la observamos como la materialización de la obligación correspondiente a la persona responsable de causar daño a otra en todo ámbito; dentro de esta generalidad que representa la reparación, desde el enfoque constitucional actual entendida como *reparación integral* existen varios mecanismos que apuntan al objetivo de la reparación como tal y estos se verifican como materiales e inmateriales; entendidos los materiales como aquellos verificables en lo patrimonial o en la restitución al agraviado, y al hablar del aspecto inmaterial de la reparación

nos concentramos en aquellos mecanismos intangibles pero verificables, pues, constituyen el complemento a la reparación material.

La reparación integral en la actualidad tiene una característica mixta, ya que se consolida como *derecho constitucional* y como *principio del Derecho*; en primer lugar como un derecho constitucional ya que cada persona dentro de nuestro territorio ostenta esta prerrogativa a ser reparada en su totalidad en caso de haber sido perjudicado en cualquier sentido; en segundo lugar la reparación integral constituye un principio dentro del Derecho ya que es sobre esta máxima en la que se levantan los argumentos de las decisiones judiciales.

La noción de reparación inmaterial surge por la necesidad de cubrir la totalidad del espectro de la reparación integral ya que al existir un daño se generan consecuencias que son “reparables e irreparables”, lo que queremos puntualizar con esto es que existen aspectos que pueden ser restituidos, rehabilitados, compensados o indemnizados; no obstante surgen dificultades al momento de intentar reparar de manera material circunstancias que prácticamente resulta imposible hacerlo de esta manera, razón por la cual surgen mecanismos que permiten brindar reparación de manera simbólica que generan la satisfacción y el debido reconocimiento de los daños causados a una persona. Cabe mencionar que la reparación correspondiente a los daños que sean reclamados se la realiza en función del tipo de daño que se intenta reparar, como por ejemplo en los daños patrimoniales la reparación integral no representa mayor dilema ya que con la sola restitución del bien dañado o perdido nos circunscribe de manera primordial a una reparación material; esto difiere en los daños extra patrimoniales ya que la reparación inmaterial juega un rol sumamente relevante pues existen casos en los cuales la reparación inmaterial representa casi la totalidad de la reparación integral, a través de mecanismos como la verificación de los hechos que causaron el daño, el conocimiento de la veracidad de los hechos que causaron el perjuicio, la ejecución misma de los actos de reparación, actos de dignificación al agraviado, la orden de disculparse públicamente a favor de la víctima de un daño, entre otros mecanismos que apuntan a resarcir de manera figurativa un daño imposible de cuantificar materialmente; apunta también a garantizar a la víctima la determinación del sujeto responsable del agravio así como garantizar que estos hechos no deben repetirse.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico sí se encuentra recogido a la reparación integral, sin embargo, dentro de nuestro Código Civil lo encontramos de manera simple, lo cual genera incertidumbre al momento de hablar de reparación integral. A manera de estudio me permito citar a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ya que en ella se encuentra especificada la figura de la reparación integral en el campo constitucional, misma que reza lo siguiente:

Art.18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben

cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.⁷

Con el artículo citado se puede evidenciar el avance al cual hemos hecho referencia, pues de manera directa se consagra a la reparación integral en la Ley, intentado diferenciar entre el tipo de daño que se debe reparar y la reparación correspondiente para que cubra todos los aspectos afectados -materiales e inmateriales- teniendo en cuenta un aspecto relevante en cuanto a la reparación el cual es uno de los límites al Juez al momento de disponer su resolución, lo deberá realizar en función de los daños probados y sobretodo a las medidas solicitadas por la parte peticionaria. En consonancia con esta norma a más del sentido material de reparación, consagra mecanismos inmateriales tales como la *rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición, remisión a autoridades competentes para efectos de investigación y posterior sanción, medidas de reconocimiento, disculpas públicas, prestaciones de servicios o atención médica*. Si bien es cierto, esta norma realiza una separación entre los tipos de daños y la reparación que merecen, podemos observar las vías por las que puede optar para solicitar la reparación pertinente una persona que se crea afectada y pueda probarlo; haciendo especial énfasis que en materia civil no existe una norma específica que determine medios reparatorios en cuanto a daños.

El conflicto que surge es en torno a la noción de reparación en daños extra patrimoniales puesto que de por sí es complicado solicitar medios reparatorios si es que estos no se encuentran en la norma y esta es una razón suficiente para exponer los conflictos que

⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52 , 22 de Octubre 2009, Última Reforma: Suplemento del Registro Oficial 75, 8-IX-2017.

representa realizar cuantificaciones bajo el precepto de la reparación inmaterial, en líneas siguientes se tratarán las limitaciones y conflictos de reparación.

2.6. Reparación material: indemnizaciones

Al hacer referencia a la reparación de índole material, se la asimila como parte de la reparación integral, la cual tiene como objetivo disminuir e incluso eliminar los efectos negativos de los daños y los resultados directos de estos; estos resultados son verificables al momento de consolidar un daño y como obligación impostergable surge la reparación. Tratándose de daños extra patrimoniales, conocemos hasta la saciedad las dificultades que implican los intentos de “materializar” a esta clase de daños, sin embargo, lo que se tiene en consideración para determinar la reparación son los resultados a los cuales he referido, en este sentido mencionamos que pueden existir consecuencias materiales a raíz de daños extra patrimoniales, es decir, las consecuencias de dañar la esfera extra patrimonial de un sujeto se reflejan en la esfera patrimonial de tal manera que surge la importancia de la reparación material, la cual generalmente se representa de manera económica ya que es en este ámbito en el cual se evidencia generalmente los daños no patrimoniales, conocido éste particular como un daño moral con efectos objetivos.

Considerando la premisa de la imposibilidad de otorgar un precio al dolor causado a un individuo, el objeto es calcular la reparación de un daño en función del perjuicio que se causa como consecuencia del menoscabo ocasionado; sobre lo cual existen pronunciamientos doctrinarios que indican que cantidades pecuniarias como medios de reparación cumplen un rol de satisfacción. Cito a Pizarro (2013), quien sobre las indemnizaciones de los daños extra patrimoniales expresa lo siguiente:

Cabe insistir que la entrega de una suma de dinero (indemnización) *no cumple la misma función en los casos de reparación del daño patrimonial y moral*. Tratándose del primero, asume un rol de *equivalencia*, que permite con mayor o menor exactitud, según los casos, restablecer el equilibrio patrimonial alterado por el hecho dañoso. El daño en tal supuesto, se determina y liquida sobre parámetros objetivos, cumpliendo el dinero una función de equivalencia o corrección. En cambio, en materia del daño moral, la situación es diferente, pues el dinero asume un papel distinto, de corte

netamente *satisfactivo* para la víctima. No se trata de alcanzar una equivalencia más o menos exacta, propia de las cuestiones de índole patrimonial, sino de brindar una satisfacción o compensación al damnificado; imperfecta, por cierto, pues no “borra” el perjuicio ni la hace desaparecer. (p. 415 y 416)

El criterio citado hace una clara y sucinta diferenciación entre la reparación de daños patrimoniales y extra patrimoniales, tomando el concepto del daño moral como genérico; sin embargo, menciona acertadamente que la reparación de los daños patrimoniales mediante indemnizaciones económicas, se fijan basadas en “parámetros objetivos” que permiten realizar un cálculo *equivalente* al patrimonio perdido a causa del daño. De manera diferenciada se calcula una reparación económica sobre los daños extra patrimoniales, ya que como se verifica en el criterio citado, la indemnización de un daño extra patrimonial representa un rol *satisfactorio*, mismo que está enfocado a compensar en cierto modo la molestia, sufrimiento, en concreto, el daño sufrido por el afectado.

En tanto se ha mencionado lo anterior que refiere a las indemnizaciones de daños patrimoniales y extra patrimoniales, se debe mencionar que las mismas deben ser calculadas en base a varios factores, tanto externos como internos que se encuentran a raíz del daño producido; estos factores deberán ser adecuados en primer lugar por quien acciona la vía judicial para pretender una reparación acorde y no desmesurada; y en segundo lugar por quien la va a aceptar, modificar o negar, en este caso el juez; en ambos casos se deben tener presentes los principios indemnizatorios que serán detallados en lo posterior a fin de obtener una noción clara de lo que se exige, de lo que se puede probar y de lo que fundamentaría una probable reparación que se dicte en sentencia.

2.7. Principios Indemnizatorios

Para hacer referencia a los principios que rigen la indemnización de los daños extra patrimoniales, debemos hacer énfasis en que el principio madre, por así decirlo, es el de Reparación Integral y busca devolver al afectado al momento anterior al daño o a lo más similar posible si el daño no hubiere sido materializado, pero éste no es un principio individual ni autónomo, razón por la que se sirve del apoyo de otros principios para restituir al afectado su estado normal, es decir, en medida de lo posible reparar *naturalmente* los daños, y aquellos aspectos que se ubican en un lugar en el cual resulta imposible reparar

innatura cubrirlos con otros mecanismos de reparación materiales e inmateriales; en este caso, la reparación material más común de los daños extra patrimoniales es la indemnización pecuniaria, que va encaminada a satisfacer y compensar el dolor, incomodidad, molestia o perjuicio sufrido por una víctima; las indemnizaciones como tal no pueden ser ilimitadas por lo que es pertinente analizar las nociones de los siguientes principios: 1) *vertebración*; 2) *diferenciación*; 3) *personalización*; 4) *igualdad*; y 5) *proporcionalidad*. Estos principios son aplicados en conjunto y así se entiende que alcanzan todas las aristas de lo que respecta a las indemnizaciones por daños extra patrimoniales, entendidos estos como parámetros referenciales que permiten llegar a una posible cuantificación, indicando que estos principios no se ven reflejados de manera explícita ni mucho menos taxativa en norma alguna del ordenamiento jurídico, sino se presumen como implícitos en la máxima de la reparación integral, por ende, complementarios.

2.7.1. Principio de Vertebración

Para adecuar una indemnización a un caso concreto en favor de obtener una reparación integral, el principio de vertebración es de vital importancia, ya que el término “vertebración” refiere al acto de organización y/o estructuración de carácter interno, mismo que se refleja en el exterior. Este principio, en cuanto a indemnizaciones por daños apunta a cierta organización general en referencia al daño que se pretende reparar, es decir, diferenciar y estructurar los perjuicios ocasionados directamente a la persona -extra patrimoniales-, o en su defecto afecten el patrimonio del individuo; el principio de vertebración se debe entender como aquel que propende a segregar cada daño de manera individual, con el fin de realizar una “operación numérica” cuyo resultado sería la sumatoria de cada resultado dañoso; ante esta referencia Viney y Jourdain (2001) han manifestado que *“no podrá alcanzarse un progreso serio en la racionalización de la valoración de los daños mientras tal práctica no resulte claramente condenada”* (p. 137), con lo que se observa la importancia de la acción de racionalizar, la cual es parte fundamental de la cuantificación; y cabe mencionar que tratándose de daños extra patrimoniales la racionalización de los resultados es principal puesto que de ella depende la valoración de estos para obtener una reparación completa.

Acerca del principio de vertebración Gásquez (2017) menciona que:

(...) no se puede realizar una valoración conjunta de los daños causados, sino que se debe hacer una valoración vertebrada de la totalidad de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado. Requerirá por tanto diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico, de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial, separando por un lado el daño emergente (los daños soportados por causa del hecho dañoso) y por otro los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas). (p. 220)

De esta manera se concluye que dentro de este principio se encuentran recogidos ciertos “límites” a una probable indemnización, en vista de que se debe individualizar los daños para una valoración, partiendo de una diferencia del tipo de daño; mencionando que se podría considerar uno de los límites a la cuantificación de estos⁸.

2.7.2. Principio de Diferenciación

El principio de diferenciación tiene una relación muy estrecha con el anterior - principio de vertebración- ya que con este se consolida la necesidad de desunir los daños en cuanto a sus tipos y a las especies que existen dentro de estos; considerando que dentro de la generalidad de los daños extra patrimoniales existen subespecies mismas que no pueden ser generalizadas únicamente en una sola categoría, como se ha manifestado, los daños extra patrimoniales se dividen en varias categorías como por ejemplo daños corporales o físicos, daños al honor, daños al proyecto de vida, daños sexuales, daños psicológicos, daños psíquicos, daños estéticos, daños a la vida en relación, entre otros. Conforme a la tipología del daño es menester concretar que los daños extra patrimoniales tienen una división bipartita, la primera comprende a los daños morales y éstos pueden ser objetivos y subjetivos, y la segunda comprende a los daños a la persona; en ésta clasificación amplia se recogen a todos los subtipos de daños extra patrimoniales.

Este principio es el resultado de la evolución del Derecho y a su vez el resultado de las nuevas necesidades sociales que emergen con el transcurso del tiempo y la convivencia del hombre en comunidad; entendiendo que en un momento determinado de la sociedad se

⁸ Remitirse al gráfico citado en la página 54 de éste texto, con el objeto de clarificar lo mencionado.

entendía a los daños extra patrimoniales como uno solo, incluso hoy en día existen criterios que el daño extra patrimonial por excelencia es el daño moral, y aún así los daños se reparaban -indemnizaban- de manera errónea, recayendo en la desproporción del daño y el monto indemnizatorio. A manera de ejemplo cabe plantear un caso hipotético en el cual una persona que ha sufrido un daño estético y que a causa de este ella no pueda continuar su vida normal y se vea afectada su economía en vista de que sus ingresos dependen netamente de su imagen; el cálculo de la indemnización se debe hacer en función del perjuicio sufrido incluido el remanente económico que esa persona dejó de producir a raíz del daño y el dinero que dejaría de percibir en base a su imagen; como comparación al primer ejemplo menciono un segundo caso hipotético en el cual la misma persona ha sufrido un daño psicológico, el cual no ha afectado a la estética de la persona y por esta razón puede seguir generando ingresos mediante su imagen, el daño sufrido debe ser calculado en función del perjuicio que sea causado en ella, considerando que la reparación acertada en este tipo de daño sería una reparación inmaterial sobre una reparación indemnizatoria. En los dos casos planteados es evidente que la persona ha sido afectada en su esfera extra patrimonial, y es en ese punto en el cual el principio de diferenciación adquiere relevancia, pues, la reparación va a depender de la diferencia existente entre la categoría del daño extra patrimonial que se va a reparar, encontrando un parámetro que sirve para una cuantificación.

2.7.3. Principio de Personalización

El principio de personalización, refiere a la aplicación del criterio del operador jurídico, el cual va a dar a conocer de manera particular las consecuencias que genera un daño y así poder determinar si estas se encuadran en lo patrimonial o en lo extra patrimonial; en esta etapa del estudio previo a la indemnización nos encontramos con aquel acto cognoscitivo del juzgador para singularizar los resultados de la acción dañosa inicial y de esta manera no enfocarse en la conducta que causa el perjuicio, sino, netamente en el perjuicio como tal.

Este principio actúa en conjunto con el resto de principios indemnizatorios con el objeto de afianzar y verificar los resultados para ser reparados; en concreto, significa la correcta individualización del perjuicio de una persona ya sea material o inmaterial; se debe mencionar que esto se debe aplicar de manera inicial al solicitar una indemnización, sin

embargo, la aplicación estricta de este principio se produce al momento que quien conoce el caso y una vez determinado el perjuicio, debe abstraer todas aquellas consecuencias negativas que deben ser resarcidas, en este caso: indemnizadas.

Sobre esto se debe decir que, al tratar consecuencias extra patrimoniales, no debería existir extralimitaciones en cuanto a las indemnizaciones en función de los daños, sin embargo es falible por la naturaleza de estos; al comentar esto, se devela a éste como un límite adicional del cálculo de mecanismos de reparación.

2.7.4. Principio de Igualdad

El principio de igualdad en materia de Derecho de Daños, sobre la reparación, y en concreto como un principio indemnizatorio actúa como un “regulador” cuando es pertinente realizar un ejercicio de cuantificación de un daño, mismo que debe hacerse despojando cualquier diferencia injustificada entre agraviados. El principio indemnizatorio de igualdad implica una premisa que a simple vista resulta bastante sencilla, *a daños iguales se los debe reparar de igual manera*, esta premisa tiene como fundamento una protección equitativa de derechos, pues se estaría intentando cubrir de manera general a derechos iguales; empero, si esta premisa gozaría de rigidez y firmeza en cuanto a su aplicación en todos los casos, caería en la posibilidad de generar desigualdades al momento de la reparación de una víctima en un caso similar o igual a otro; aunque suene contradictorio que el principio de igualdad pueda generar una desigualdad, es cierto, pues tratándose de casos distintos la regla general es que no sean tratados de la misma manera, considerando que al hablar de una indemnización deberá analizarse las posibilidades de quien será ordenado a pagar, intentando evitar desproporciones, ya que este principio apunta netamente al daño y no a quién es la persona que causó el daño y las posibilidades económicas que tenga para cubrir las repercusiones de su actuar antijurídico.

2.7.5. Principio de Proporcionalidad

Es importante mencionar que el principio de proporcionalidad es uno de los principios indemnizatorios de daños extra patrimoniales más relevantes y así como su grado de importancia es considerable, su complejidad aumenta significativamente, considerando que la proporcionalidad en Derecho se ha constituido como un criterio muy bien logrado el cual

ha sido tratado de una manera vasta; aplicado al área que nos compete, esto es, como una base indemnizatoria de perjuicios extra patrimoniales, implica que las indemnizaciones serán calculadas de manera armónica y equitativa en relación a los resultados dañosos que se pretenden compensar. Tratando a los daños extra patrimoniales, de entrada, nos encontramos con un conflicto considerable al intentar generar una proporción económica que sea equivalente a un daño que de por sí, no es cuantificable en dinero; esta es la razón por la que este principio debe articularse con los otros principios indemnizatorios para poder determinar de manera concreta una indemnización que sea “proporcional” al resultado, por lo tanto se entendería que al ser equitativa la relación del daño con la indemnización, nos encontraríamos frente a una situación de justa reparación. Es importante indicar que el principio de proporcionalidad debe ser considerado un límite a los mecanismos de reparación, en vista de que como ya se ha puntualizado, cuando se repara un daño se lo hace únicamente en base al perjuicio resultante.

2.8. Dificultades del Principio de Reparación Integral

El Principio de Reparación Integral tratándose de daños extra patrimoniales consolida un deber de compensación, sin limitarse a lo que se conoce como daño moral sino a todo menoscabo, deterioro, perjuicio o molestia que puede sufrir un individuo; situaciones naturalmente subjetivas que varían en cada caso, sin embargo, es evidente que la subjetividad enviste a este tipo de daños y se observan variaciones que cambian de un país a otro e incluso entre regiones de un mismo país, es decir, puede representar un conflicto idiosincrático el hecho del deber de reparar daños que son considerados como subjetivos; cabe mencionar que en materia de daños extra patrimoniales la reparación integral contempla la posibilidad de “reparar” materialmente a través de indemnizaciones económicas, y estas se encuentran recogidas en las distintas normas concernientes a las varias ramas del Derecho, mismas que son calculadas y cuantificadas por la autoridad competente que conozca cada caso basando su criterio en la sana crítica; no obstante lo que atañe estudiar son las acciones civiles para reclamar una correcta reparación, compensatoria y justa, y estas circunstancias son el vivo reflejo de ejercicios de cuantificación. Por la variedad de casos existentes que generan daños en la esfera extra patrimonial de las personas, surge una interrogante: ¿cuál es el criterio del juez para calcular la reparación -indemnización- adecuada?, en base a esta interrogante

debemos ser enfáticos en la carga de subjetividad que implica ya que estamos hablando de manera primigenia que el límite a esta cuantificación es el criterio del juez, en otras palabras, se podría considerar que no existen límites, sin embargo, se habla de una “reparación adecuada” lo que implica que cada reparación es distinta y se debe *adecuar* al caso concreto, por lo cual para una “correcta reparación” y por ende una “correcta indemnización” debemos observar de manera periférica al daño, todos sus aspectos a raíz del perjuicio que recae sobre cada individuo afectado, su situación concreta frente a las afecciones no patrimoniales y su incidencia directa e indirecta en el ámbito patrimonial, lo cual representa un nuevo limitante a la cuantificación de la reparación. Misma que no podría extralimitarse según las condiciones del daño y la persona; de manera paralela surge un nuevo conflicto para la reparación, mismo que representa una dificultad ya que se debe profundizar en el aspecto personal y social de una persona para determinar una situación “justa”.

En síntesis, el conflicto principal del Principio de Reparación Integral es el intento de generalizar un solo criterio sobre un universo de probabilidades, en el cual vamos a encontrar una cantidad exuberante de diferencias, y en muchos casos estas diferencias, aparentemente imperceptibles, pueden alterar a gran escala un caso de otro que se tenía como similar; por lo tanto podría caracterizar de injustos a mecanismos entendidos como “reparatorios”, lo cual generaría una cadena de daños, por lo cual debemos ir más allá del daño y propender a arribar a la situación real del accionante, al perjuicio del individuo que reclama justicia para así obtener una compensación acorde a la situación real.

Se debe indicar que el Principio de Reparación integral no es un principio jurídico absoluto y este debe articularse con otros para llegar a una situación favorablemente justa y equitativa, más aún, cuando hablamos de daños extra patrimoniales ya que en base a lo expuesto en apartados anteriores, para cada daño -material e inmaterial- se debe acoplar una reparación que resulte acorde a los efectos de estos. Una de las dificultades principales del Principio de Reparación Integral de los daños extra patrimoniales gira en torno a la prueba que se debe aportar para acreditar la existencia de los mismos, en vista de que implica daños en la intimidad de la persona y nadie más que ella es quien va a percibir el daño; ante esto, se presentan casos relativamente *difíciles* de probar, por su naturaleza, que recae en el accionante esta obligación de demostrar lo que está alegando. Por consiguiente, emergen

nuevas dificultades, mismas que se relacionan con la actividad del operador jurídico, quien debe observar la situación del reclamante anterior y posterior al daño, y adicionalmente la situación del sujeto causante del daño, porque resultaría poco razonable condenar a una persona responsable, a condiciones que no podría cumplirlas; por ejemplo analicemos el siguiente caso hipotético: una persona causa un daño catalogado como extra patrimonial a otra, el afectado presenta una acción con el objeto de ser reparada en su integridad, el daño es debidamente probado en el proceso y la pretensión que solicita el accionante es ser reparado económicamente con una cantidad exagerada, con la cual él se sentiría plenamente satisfecho y reparado; ante esta pretensión el juez que conoce la causa declara con lugar su acción por haber sido acreditado en juicio el daño causado y la responsabilidad del demandado y por esta razón el juez ordena que el demandado cancele al accionante dicha cantidad -exagerada- y pida disculpas públicas a favor del demandado; el accionado al no estar de acuerdo con este fallo interpone el respectivo recurso de apelación en función de que la cantidad dictada por el juez supera en el doble al patrimonio económico del demandado; no obstante el tribunal de alzada conoce dicho recurso y confirma la sentencia de primera instancia y ordena al demandado cubrir su obligación de reparar al accionante en virtud de que la magnitud del daño causado justifica plenamente la cantidad solicitada en inicio. En el presente ejemplo se observa una posición bastante rígida por parte de los operadores jurídicos que fallaron, decidiendo aceptar y confirmar la demanda solicitada, en virtud de que el daño ha sido justificado y se han verificado todos los requisitos para que proceda una reparación; empero existe una circunstancia oscura en cuanto a la reparación dictada, puesto que se ha ordenado una reparación económica quizás acorde al daño causado, pero resulta desproporcional a lo que puede cubrir el demandado ya que esta supera en el doble a su patrimonio; con lo que con el caso hipotético se verifica otra dificultad al Principio de Reparación Integral ya que el accionado no desvirtuó las alegaciones del actor y tampoco justificó sus posibilidades económicas en el proceso al no ser objeto de la *litis*, lo que causa una situación relativamente injusta para quien se encuentra condenado a reparar al otro, por el mismo hecho de ser subjetivo el accionante alegó que se vería reparado con esa cantidad de dinero y probó el daño sufrido, pero no se observó por parte del juez de manera general lo solicitado por el accionante y los posibles mecanismos reparatorios que resultasen acordes

para dejarlo indemne sin afectar la reparación, y que se propenda a ser integral y no afecte a quien debe reparar.

Si bien es cierto que cuando se produce un daño a una persona, sea intencional o culposo, no existe la consideración de la magnitud de las consecuencias que pueden generarse, a pesar de ello, el objeto de la reparación integral es permitir al juez tener un papel dinámico en *pro* de la justicia en su fallo; de lo que se traduce que la principal dificultad de este principio no es la cuantificación de lo “incuantificable” del perjuicio de los daños extra patrimoniales, porque se puede evidenciar repercusiones en el área patrimonial del afectado; sino, poder determinar los límites a la reparación que se puede solicitar, en el caso de las personas y a la que se debe ordenar por parte de los jueces; con lo cual se previene conductas abusivas por parte de los sujetos y pasar de ser víctimas de un daño a ser agentes generadores de un probable daño patrimonial.

Me permito citar a Díez (1999), quien sobre la reparación, en concreto sobre la indemnización, plasma de manera directa lo que sucede cuando existe un daño:

Aunque existe la idea difusa, sin duda optimista, de que indemnizar un daño es hacerlo desaparecer del mundo, este pensamiento no pasa de ser una cabal ilusión. Cuando se destruyen vidas humanas o bienes materiales, la indemnización no borra la destrucción. Como bienes jurídicos han desaparecido y no se crean en su lugar otros que lo sustituyan. (p. 42)

Se podría tomar como una posición bastante tajante la del autor citado, sin embargo, es coherente al manifestar que su aseveración es correcta, pues un daño al ser reparado de manera íntegra no es eliminado en su totalidad, por ende, la *compensación* resulta más adecuada en cuanto a la terminología ya que se estaría aceptando que el daño a dejado una marca indeleble pero de acuerdo a normas y principios ha sido compensado de la mejor manera para que el individuo pueda sobrellevar la nueva situación que surgió por el daño.

2.9. Límites al Principio de Reparación Integral

El desarrollo de los límites al Principio de Reparación Integral es el resultado de un continuo estudio doctrinario y jurisprudencial, ya que en el ámbito normativo no encontramos definidos de manera expresa cuáles serían aquellas limitaciones a la reparación de afecciones,

en concreto a los derechos extra patrimoniales, situación que se contrapone a lo que se refiere a los derechos patrimoniales, ya que éstos, normativamente se encuentran delimitados y de igual forma su reparación en caso de ser afectados por un delito o un cuasidelito civil.

El proceso de delimitación de parámetros o límites surge por un desarrollo de fallos, que, de manera general, mencionamos que ha correspondido a las diferentes cortes u organismos jurisdiccionales que se han encontrado en la obligación de establecerlos en sus sentencias, y sobre todo en la necesidad de desarrollarlos por las mismas circunstancias sociales, en vista de que las distintas resoluciones tienen repercusión directa en la vida de la comunidad.

En este aspecto podemos observar el actuar real de las Fuentes del Derecho - jurisprudencia, ley y doctrina- en la creación misma de éste, ya que de manera equilibrada unas fuentes subsanan y complementan los posibles vacíos e inconsistencias legales.

Independientemente de la corriente del pensamiento y criterios que se manejan cotidianamente en el universo de literatura jurídica existente, en la que varios autores han tratado este tema de los límites al Principio de Reparación Integral y los medios reparatorios, existe un criterio convencional entre éstos, y es el que refiere a que cuando nos encontramos frente a un daño, el límite principal para su reparación es el daño en sí mismo; puntualización que manifiesta que lo que se pretende reparar se lo hará en función única del daño y su alcance, esto con el objeto de repararlo en su totalidad, sin extralimitaciones ni reparaciones insuficientes. Si bien este criterio aparentemente resulta complejo, cabe indicar que no es el único.

Con lo mencionado es lógico el reconocimiento de límites al Principio de Reparación Integral, para lo cual tomamos el criterio de Domínguez (2010) para desarrollar los límites que ha propuesto, mismos que son los siguientes:

- Evaluación del Daño
- Consideraciones económicas
- Límites jurisprudenciales
- Límites legales clásicos

- Limitaciones convencionales (p. 9-28)
1. Evaluación del daño: la evaluación del daño como límite al Principio de Reparación Integral implica que ésta se hace en función específica del daño y sus resultados; esto quiere decir que la reparación respecta de manera equivalente al daño, teniendo en cuenta la variabilidad de los casos y la falta de uniformidad de criterios jurisprudenciales, es decir, la evaluación del daño le corresponde a los jueces, haciendo énfasis en que la subjetividad resalta en éste aspecto.
 2. Consideraciones económicas: éste límite al Principio de Reparación Integral es considerado como tal por ser complementario al límite de *evaluación del daño* ya que se deben observar las circunstancias externas de la persona responsable de un daño; esto tiene como finalidad la prevención, de evitar generar una situación desfavorable para quien causó un daño y que dicha reparación que le corresponde hacerse responsable no signifique un perjuicio que nace de la reparación; con la consigna de que quien causa un daño debe repararlo íntegramente sin que esto cause ruina en su acervo patrimonial.
 3. Límites jurisprudenciales: éste ámbito se ve limitado concretamente por la interpretación de normas y de jurisprudencia, develando la posible variación en los ejercicios de interpretación, para lo que Domínguez Águila refiere de manera ejemplificativa a la indemnización laboral por despido, indicando que para algunos criterios el agravio de esta acción se vería reparado de manera integral al recibir una indemnización recogida en la norma laboral referente al tiempo laborado hasta el día en que el empleador ha decidido unilateralmente terminar la relación de trabajo; no obstante, el hecho de ser despedido comprende un menoscabo emocional, mismo que se traduce en un daño de naturaleza extra patrimonial que se ve reflejado con afecciones al ámbito patrimonial, lo cual permitiría que el agraviado tenga derecho a reclamar la reparación del daño sufrido por las condiciones en las que fue separado de sus funciones. Con éste ejemplo se verifica que la interpretación que se realiza sobre las normas o jurisprudencia también comprende un límite a la reparación, ya que si bien el trabajador recibió una indemnización de índole laboral, ésta no podría ser “reparada” por segunda ocasión so pretexto de una acción civil de daños.

4. Límites legales clásicos: como su denominación menciona, se considera a los límites normativos, que en materia contractual se encontraría reducido a la culpa de quien se ha comprometido a una relación contractual y éste no la ha cumplido, generando así un daño a la otra parte; Domínguez Águila ha criticado esta limitación en cuanto a las relaciones extracontractuales ya que carecen de vínculo contractual entre individuos, mediante el cual se plasmen sus intereses y aún así se produce el daño.
5. Limitaciones convencionales: las limitaciones convencionales representan una excepción al Principio de Reparación Integral, en vista de que al ser “convencionales” corresponden a la voluntad de las partes al momento de dialogar en una relación contractual sobre cierta sanción con carácter de penalidad en la que se incurriría si de ser el caso, una de ellas cae en incumplimiento de obligaciones a las cuales se comprometió; esto se desarrolla como una forma de en la que las partes manifiestan y se imponen límites a una eventual reparación.

Con lo manifestado sobre los límites al Principio de Reparación Integral podemos concluir que aquellos que han sido analizados se desprenden del reconocimiento mismo Principio, adquiriendo la característica de excepcionales, ya que por la relatividad de la materia, mal podrían ser estos límites generalizados en una norma o ser tomados como únicos; determinando que éstos comprenden una referencia del marco en el cual debemos enfocar la solicitud de reclamo de reparación y así ofrecer al juez una visión de los lineamientos en los cuales basamos una pretensión y que para que de manera coherente la reparación a ser determinada por él se adapte a cada caso concreto.

Debemos considerar la amplitud que otorga el legislador en la norma al juez, misma que lo faculta para que en base a su sana crítica, misma que dota de cierta discrecionalidad, pueda extenderse en la resolución de la reparación integral de daños extra patrimoniales, sin que esto comprenda una extralimitación ilegítima, caso contrario, el juez ostenta un rol mediante el cual puede abarcar el tratamiento de aspectos que no se encuentran en la traba de la litis e ir más allá de aquello, y así no generar un efecto de sentencia ultra petita o extra petita.

Cabe citar a Pantoja (2015), quien sobre los *fallos más allá de lo pedido*”, manifiesta lo siguiente:

La doctrina señala que la congruencia consiste en el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. Además, esta relación no debe ser absoluta, sino que por el contrario, basta con que se dé la racionalidad necesaria y una educación sustancial, a más de tener en cuenta la reparación integral.

No se produce incongruencia porque la sentencia recurrida conceda una cantidad superior a la que se había pedido en la demanda, teniendo en cuenta que el súplico de la demanda contiene una serie de peticiones subsidiarias por lo que no se produce la incongruencia o la cantidad -pretensión- que señaló fue sólo una pauta o guía susceptible de modificación.

El juez no está atado a los límites de la congruencia de su fallo, para pronunciarse sobre el principio de reparación integral en los procesos de responsabilidad civil (...) (p. 340 y 341).

Con lo expuesto se observa que por regla general se debe seguir de manera “congruente” lo solicitado en un acto procesal de proposición y la resolución que vaya a tomar un juez conforme al caso concreto, en este sentido, mal podría concebirse que un juez pueda “ir más allá” de lo que pretenden las partes procesales, como se determina en la *traba de la litis*. No obstante, al tatar la responsabilidad civil en procesos de daños, el operador jurídico debe asimilar a las pretensiones que se plantean ante su autoridad como pautas o parámetros que bien pueden ser modificados, es decir, no existe rigidez que limite al rol del juez a remitirse únicamente a las particularidades planteadas por el actor y el demandado.

Se entiende que el juez puede extenderse o disminuir en su resolución las pretensiones que aspiran las partes, sin que aquello se consolide como un fallo que se extralimita ilegítimamente. Esto se produce en base a que dentro de cada hecho existen factores que afectan directamente a la esencia del daño y por ende a su reparación, razón por la cual, el juez en base a su criterio y la sana crítica se encuentra facultado para resolver conforme a los elementos que se aporten en el proceso.



CAPITULO III

ANALISIS COMPARATIVO DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

3. ANALISIS COMPARATIVO DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El presente capítulo está enfocado al análisis de los diferentes criterios jurisprudenciales en lo que respecta a fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reparación integral de derechos extra patrimoniales vulnerados; paralelamente analizaremos los criterios de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, con la finalidad de exponer un resultado concluyente en relación a los avances o retrocesos de la normativa y jurisprudencia ecuatoriana, en comparación a las resoluciones consideradas relevantes en el ámbito internacional. En este sentido podremos apreciar las posibles similitudes o diferencias que se plasman en Ecuador y Colombia, así como la manera en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica la reparación integral según los resultados dañosos de la esfera extra patrimonial de las personas.

3.1. La reparación de daños extra patrimoniales según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Debemos iniciar el presente análisis, exponiendo el artículo 63 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁹, en adelante “la Convención”, en la cual se otorga la capacidad a la Corte interamericana de Derechos Humanos, en adelante “CIDH” o “la Corte”, de decidir y disponer la reparación correspondiente de todos los derechos recogidos en la Convención; podemos evidenciar que la norma internacional no plantea un límite explícito en su texto ya que de manera literal reza que se dispondrá el pago de una “*justa indemnización a la parte lesionada*”; este artículo es el pilar fundamental de la reparación integral de las resoluciones de la CIDH ya que en ellas se devela plasmada de manera unánime que la Corte persigue la *restitutio in integrum*, esto es que la persona que ha sufrido un daño sea regresada a la situación anterior a la que se

⁹ “Artículo 63.- 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” El Pacto de San José de Costa Rica se encuentra vigente desde el 18 de julio de 1978, mismo al cual el Ecuador se ratificó el 8 de diciembre de 1977.

encontraba, en caso de ser posible, en caso de no ser posible, la Corte dispondrá de medidas reparatorias¹⁰.

El artículo 63 numeral 1 de la Convención, reconoce a los daños en doble dimensión tradicional, hablando de los daños inmateriales en los que encasilla a los daños psicológicos, morales, personales, colectivos, daños al proyecto de vida, entre otros; y hablando de daños materiales aquellos como el daño emergente, perjuicios económicos y demás cuantificables; de esto se traduce la clasificación que hemos venido tratando, esto es *daños patrimoniales* y *daños extra patrimoniales*, en base a los que la norma internacional otorga medidas reparatorias que comprenden la investigación de las situaciones fácticas que originaron el daño, la restitución de derechos o bienes que se hayan visto afectados a raíz del daño, la rehabilitación física, psicológica y social de los sujetos agraviados, la satisfacción a las víctimas en virtud de los beneficios a los sujetos afectados por daños mediante acciones que recaen en el causante del daño, garantías de que la situación dañosa no se vuelva a repetir y en su defecto causar nuevamente un daño o alguno adicional, y finalmente, el reconocimiento de una cantidad dineraria como indemnización que tiene un carácter compensatorio que apunta hacia las esferas materiales en las que haya repercutido una acción que cause detrimento a derechos de las víctimas.

En este punto es importante resaltar el trabajo conjunto de la CIDH con los países que forman parte de la Convención, en vista de que la Corte al emitir sus resoluciones que integran a la reparación, es primordial que los Estados involucrados adopten los mecanismos internos respectivos para dar fiel cumplimiento a los fallos de esta entidad internacional. Sobre este trabajo conjunto el tema de la reparación como criterio internacional ha evolucionado de manera trascendental hasta llegar al concepto que hoy conocemos como reparación integral, abandonando la noción obsoleta que comprendía únicamente a una indemnización como reparación integral.

Me permito a recoger lo manifestado por Calderón (2013, pág. 155), quien ha recogido los ***criterios de reparación***, que han sido desarrollados por la CIDH, y los define de la siguiente manera: el *primer criterio* de reparación desarrollado por la Corte, responde

¹⁰ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, supra, párr. 26, y Caso Gorioitía Vs. Argentina, supra, párr. 60.

a la base normativa, misma que se encuentra plasmada en el articulado de la Convención, el cual amplía la noción de reparación integral y no la restringe; el *segundo criterio* que ha sido desarrollado por la Corte responde a la doble dimensión de la reparación integral, en primer plano como deber, mismo que es correlativo a los Estados pues esta dimensión, se basa en la responsabilidad, en segundo plano la reparación tiene una dimensión que se constituye como derecho fundamental de las personas; el *tercer criterio* desarrollado por la Corte se enfoca en la identificación de las víctimas de manera determinada, lo cual implica un requisito indispensable para otorgar medidas reparatorias, puesto que si no se identifica una víctima, mal podría calcularse una reparación, sin embargo, el artículo 35 numeral 2¹¹ del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece una excepción, la cual consiste en la discreción del tribunal para la consideración de víctimas cuando de manera justificada no se pueda identificar a todos los afectados; y finalmente el *cuarto criterio* que la Corte ha desarrollado hace referencia netamente al daño, teniendo en cuenta que una vez que se hayan identificado a las víctimas, es necesario determinar de manera individual a cada daño y su tipología, realizando la respectiva diferenciación entre los resultados patrimoniales y extra patrimoniales (materiales e inmateriales), reconociendo a los daños materiales como el daño emergente, el lucro cesante y el daño al patrimonio familiar, en cuanto a los daños inmateriales se reconocen al daño moral, daño psicológico, daño físico, daño al proyecto de vida y también daños colectivos y sociales; es importante mencionar que la Corte ha establecido estos criterios como fundamento de la reparación integral, lo cual atiende a las necesidades de cada sujeto que ha sufrido un agravio, considerando la particularidad de cada caso y la adecuación de medidas reparatorias que sean acordes a cada daño y cada víctima.

Bajo los criterios puntualizados, es pertinente indicar cuál es el mecanismo de cálculo de la reparación que realiza la Corte, a través del tribunal que conoce una causa en la que se hayan violados derechos humanos, realiza un acto de cotejo, conforme a la identificación de las víctimas y posterior análisis para la determinación de los daños causados. El objetivo de este análisis de víctima y el daño y su tipología, es diagnosticar el alcance del resultado negativo, y sobre quién recae este y a quién más podría afectar; en efecto, se podrá llegar a

¹¹ “Art. 63.- 2. Cuando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas.” Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

determinar los mecanismos adecuados que encajan en cada caso, mencionado esto, Calderón (2013) establece seis medidas de reparación que son otorgadas por la Corte, y refiere:

En este entendido es que la Corte IDH generalmente otorgará una diversidad de medidas para cada caso, conocidas como medidas de reparación integral, a saber: 1) restitución, 2) rehabilitación, 3) satisfacción, 4) garantías de no repetición, 5) obligación de investigar los hechos, determinar los responsables y, en su caso, sancionar, y 6) indemnización compensatoria. (p. 171)

Es relevante realizar una breve puntualización sobre cada una de ellas, qué comprenden y cómo se llevan a cabo como medios reparatorios adoptados por las resoluciones de la Corte.

I. Restitución: en cuanto a la restitución debemos hacer referencia a un concepto ya desarrollado de *reparación innatura*, es decir, la restitución como medio reparatorio aspira a que la víctima de un daño recupere su estado anterior a la violación, para lo que la Corte considera, entre otros, los siguiente mecanismos de restitución:

- Restablecimiento de la libertad: en los casos en que las víctimas sufran detenciones de carácter personal de manera ilegal, y como causa de ello sufran daño.
- Restitución de bienes: se presenta en casos en que el daño ocasionado repercute en la esfera material de las personas, como por ejemplo en las incautaciones de bienes.
- Restitución del cargo: dentro de este mecanismo se debe tener en cuenta que en casos de que una persona haya sido privada de un cargo que ostentaba, esta medida, también engloba el pago del lucro cesante a raíz de su pérdida del cargo.
- Medidas para eliminación de antecedentes penales: en estos casos la Corte adopta como medio reparatorio la disposición de eliminación de antecedentes penales de personas que han sido víctimas de una vulneración de derechos que les haya generado antecedentes.

- **Recuperación de identidad:** en los casos en que el derecho a la identidad de una persona se haya visto afectado por actos u omisiones que dañaron esta parte de la persona.
- **Devolución de tierras ancestrales:** este medio reparatorio aplica para comunidades que se hayan visto perjudicadas de algún modo en territorios que les pertenezcan.

II. Rehabilitación: en lo referente a daños que produzcan afectaciones físicas o psicológicas en la persona, estas deben ser debidamente tratadas, para lo cual la Corte dispone los tratamientos médicos correspondientes con su debido seguimiento.

III. Satisfacción: éste medio reparatorio se relaciona con aquellos mecanismos inmateriales de reparación, en este sentido, el mismo, tiene varias formas de manifestarse y de lograr, en parte, el objetivo satisfactorio en la persona, a través de: a) publicación de la sentencia; b) actos públicos de reconocimiento; c) actos conmemorativos, referente a víctimas, hechos o derechos; d) becas estudiantiles; e) medidas socioeconómicas de reparación colectiva; entre otros, los cuales se representan como medios simbólicos de reparación.

IV. Garantías de no repetición: éste medio reparatorio, apunta directamente a los Estados que forman parte de la Convención, ya que los artículos 1.1 y 2 de la misma, son claros en cuanto a la adopción de medidas en el ordenamiento jurídico interno, para cumplir lo dispuesto por la Corte, así como medidas orientadas a la capacitación en materia de Derechos Humanos, las cuales se ven adoptadas por el aparataje estatal mediante servicios públicos en casos particulares y también la adopción de políticas públicas, mismas que sirven para una generalidad de sujetos, es decir, adopta un efecto *erga omnes*.

V. Obligación de investigar: en cuanto a este medio reparatorio, es importante mencionar que la obligación de investigar no se circunscribe únicamente a la averiguación de las situaciones que dieron origen al daño de una persona, sino, implica que los resultados de esta investigación deben ser juzgados y en su defecto sancionados.

VI. Indemnización compensatoria: este medio de reparación resulta generalmente el más común, el más popular cuando se habla de una reparación; esta no es una figura sui generis ya que la Corte realiza un análisis riguroso del daño y las situaciones colaterales que se producen, por tanto no existe rigidez en cuanto a los lineamientos que permiten establecer un monto como indemnización compensatoria, caso contrario, esto se va generando conforme la Corte resuelve y plasma en sus sentencias; cabe indicar que la Corte tasa los resultados según “una apreciación prudente de los daños”¹², es decir, encontramos cierta libertad de los juzgadores para analizar en base a un concepto subjetivo de prudencia, para considerar “justa” una cantidad compensatoria.

Es importante conocer que el *principio de equidad*¹³ es bajo el cual la Corte se ampara para equiparar los daños motivo de reparación con una cantidad, entendido también como la reparación por equivalencia que hemos comentado anteriormente. Esta cantidad no es únicamente impuesta por la Corte, ya que las partes también pueden acordar¹⁴ un monto con el cual se vería satisfecha aquella parte de la reparación.

3.2. La reparación de daños extra patrimoniales según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

En cuanto a la reparación de los daños extra patrimoniales en Colombia, debemos tener presente que el modelo constitucionalista adaptado en este país reconoce al Principio de Reparación Integral, el cual apunta a resarcir los daños causados por acciones u omisiones que se cataloguen como ilícitos, estos daños generan automáticamente al sujeto que ha actuado contrario a los derechos de otro, la obligación de hacerse cargo del perjuicio, es decir,

¹² Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras..., supra nota 5, párr. 49; Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia..., supra nota 78, párr. 246; Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia..., supra nota 164, párr. 141.

¹³ Cfr. Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina..., supra nota 233, párr. 172; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador..., supra nota 99, párr. 236, y Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay..., supra nota 75, párr. 202.

¹⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador..., supra nota 148, párr. 55; Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú..., supra nota 148, párr. 23; Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89, párr. 23; Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 95 y 100. cada rubro.

reparar el daño causado. Este principio se puede evidenciar desde el artículo 2341 del Código Civil de Colombia, el cual reza lo siguiente:

“ARTICULO 2341. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”¹⁵

En el presente artículo se puede observar la intención del legislador de plasmar en la norma la figura expresa de la “responsabilidad extracontractual” en la cual de manera sucinta y concreta expresa que quien cause un daño a otro adquiere la calidad de obligado a la reparación, en sentido estricto se habla de “indemnización” como un aspecto individual de la reparación en sí.

En los artículos posteriores a este, observamos un desarrollo de la figura de la responsabilidad, ampliando el espectro de la reparación integral, puesto a que de esta manera se facilita desentrañar cuáles son los efectos negativos que causa el daño, pero adicionalmente la norma detalla varios escenarios en los cuales la responsabilidad recae sobre distintos posibles agentes dañosos. Siguiendo con el análisis de la norma llegamos al artículo 2356, el cual es relevante analizarlo, ya que indica lo siguiente:

“ARTICULO 2356. RESPONSABILIDAD POR MALICIA O NEGLIGENCIA. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.

¹⁵ Código Civil de Colombia. Sancionado el 26 de mayo de 1873.

3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.”¹⁶

El presente artículo es importante analizarlo teniendo en consideración que este Código recoge la figura de la “responsabilidad por malicia o negligencia”, en concreto, aquella responsabilidad por dolo o por falta de deber objetivo de cuidado¹⁷; este artículo amplía la noción de que por regla general todo daño debe ser reparado, independientemente de quién o qué conducta fue lo que causó el perjuicio; siguiendo de manera secuencial, el artículo establece tres numerales en los cuales refiere a quienes son obligados especialmente a esta reparación, considerando que el legislador ha intentado cubrir los probables acontecimientos en la práctica diaria.

Considerando las disposiciones normativas a las cuales hemos hecho alusión, podemos constatar que el modelo de reparación que se lleva a cabo en Colombia se rige por la *restitutio in integrum*, esto es bajo la premisa de la reparación integral; el juez es quien determina los medios reparatorios que comprenden la reparación, ya que en base a lo elementos que aporte un sujeto procesal se deberá determinar el daño, esto, con la finalidad de seccionar y analizar cuáles son todas las consecuencias de este, en concreto, si las afecciones dañan el ámbito personal (extra patrimonial) o el ámbito material (patrimonial) de cada individuo, propendiendo a identificar la intensidad y el alcance del daño, considerando que toda la reparación se realiza en función del daño neto.

Tratándose del criterio que tiene la Corte Suprema de Colombia sobre la reparación integral de los daños extra patrimoniales, se habla de varios medios que pueden adoptar y ordenar los jueces, sin embargo, el medio reparatorio que ha generado más debate es la indemnización y su cálculo, en vista de que éste nace de la pretensión del actor de un proceso y se lo acredita con la prueba.

¹⁶ Código Civil de Colombia. Sancionado el 26 de mayo de 1873.

¹⁷ Entiéndase a la *falta de deber objetivo de cuidado* como aquella situación en la cual una persona incurre en una conducta que se encuentra sancionada por la ley, esto es por actuar u omitir una acción por descuido o de manera negligente, de manera que se evidencie un resultado que cause daño a otra persona por culpa de un tercero.

El juzgador tiene un rol imperante en cuanto a la reparación, ya que por el modelo constitucional colombiano, el juez no solamente es un relator de la norma, y debe realizar una correcta interpretación para así de manera fundamentada dictaminar una resolución, a pesar de que goza de cierto grado de libertad para ordenar medidas reparatorias; como ejemplo, un juez puede considerar que adicional a medidas inmateriales de reparación es acorde un monto global como indemnización, o en otro caso el mismo monto puede ser prorrateado por un periodo determinado de tiempo.

Debemos entender que la Corte ha sido enfática en indicar que las afecciones extra patrimoniales corresponden de manera integral al campo de la psicología o la medicina, por lo tanto una eventual comprobación jurídica de estos efectos resultaría imposible; es por esta razón que se conjugan ramas especialistas para lograr el objetivo de que el juez conozca de manera “exacta” cuáles han sido los efectos de cada daño, estas van de la mano con elementos externos que proporcionan una guía para que el juzgador pueda determinar de qué manera y en qué medida se integra el hecho antijurídico que causa el daño, en efecto, la obligación de reparar. Mencionado esto, podemos observar la dificultad que representa equilibrar el daño sufrido y la reparación, en concreto la indemnización.

Cabe indicar que el criterio de la Corte Suprema de Colombia se ha estado enriqueciendo de manera constante con cada fallo que se ha dictado, superando en parte las corrientes de pensamiento antagónicas y contradictorias entre los profesionales del Derecho, creando pautas para clarificar las nociones en cuanto al Derecho de Daños; sobre esta indicación, cito a Uribe (2014), quien en el Anuario de Responsabilidad Civil y del Estado recoge lo siguiente:

5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (ex bono et aequo) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI,83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad,

especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debatur se remite a la valoración del juez. (p. 697)

El fragmento citado es una síntesis del criterio que maneja la Corte sobre la manera en la cual se debe tasar el daño, en el texto se ocupa el término “daño moral”, sin embargo, hace alusión a la generalidad de daños extra patrimoniales y expone la individualidad de estos para ser tasados, excluyendo a la norma penal y remitiéndose de manera directa al arbitrio judicial reflejado en el principio de la sana crítica, por la variabilidad de las situaciones. Es importante citar nuevamente a Uribe (2014), pues es pertinente mencionar que a simple vista el criterio de la Corte Suprema de Colombia se reduce a que el juez es un ente suficiente para determinar la reparación de daños extra patrimoniales, en efecto calcular una indemnización, no obstante, ha sido la misma Corte encargada de regular en cierto modo el cálculo económico de indemnizaciones, en el siguiente texto lo expone la forma en la que limita al daño moral derivado de un hecho punible:

A dicho respecto, ex artículo 97 de la Ley 599 de 2000, ‘[e]n relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales ... teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso’ (los incisos primero y segundo son declarados exequibles mediante sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002, ‘en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible’; el artículo 95 del Código Penal de 1936, con deficiente redacción concedía al juez penal la facultad de fijar prudencialmente la indemnización hasta dos mil pesos ‘cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito’ y también el artículo 106 del Código Penal de 1980, cuando ‘el daño moral ocasionado por el

hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria’, ‘hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos de oro’, ‘teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido’), no es aplicable en materia civil, por cuanto la ley no lo establece, ni la analogía legis es pertinente, pues ningún vacío se presenta. (p. 697)

Considerando que en materia civil no sería aplicable la tasación expuesta para un daño derivado de un delito, Uribe (2014) puntualiza que la Corte ha manifestado que:

(...) la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera que sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador, según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción. (p. 699)

Podemos observar que la prudencia del juez significa la mayor parte de la reparación de daños, sea cual sea su clase, atendiendo al principio de reparación integral, equidad y proporcionalidad, con el objeto de adecuar la aplicación de estos principios y traducirlos de manera material en obligaciones en favor del afectado; en este punto la Corte Suprema de Colombia ha sido un gran productor de jurisprudencia en este aspecto ya que de manera en la cual ha logrado establecer límites al principio de reparación integral ha sido el vasto conjunto de fallos que ha emitido, en los cuales de manera constante se ha encontrado señalando cifras que tienen el objeto de orientar al juzgador, de manera uniforme, con el afán de otorgar referencia, mas no imponer; como por ejemplo en la sentencia de fecha 20 de enero de 2009, como sentencia sustitutiva a la sentencia de fecha 28 de febrero de 1990 del expediente 17001303005 1993 00215 01 se reconoció la suma de cuarenta millones de pesos colombianos la indemnización por daño moral.

Con lo expuesto, se observa el criterio de la Corte, mismo que se centra en el reconocimiento del derecho a la reparación integral de todo daño sufrido, el cual no representa un premio o un paliativo, sino una situación de restitución de lo que se ha perdido

por una conducta dañosa; así mismo, es concluyente el criterio de la Corte en indicar que la cuantificación de esta eventual reparación corresponde al juez conocedor de la causa; el aspecto que ha generado más dudas y controversia se da en cuanto al cálculo numérico de una indemnización, para lo que la Corte a través del desarrollo de varemos jurisprudenciales ha creado cifras referenciales, a través de las cuales otorga noción a los jueces para obtener fallos justos y equitativos en pro de una reparación integral.

3.3. La reparación de daños extra patrimoniales según el criterio de la Corte Nacional del Ecuador

Para hablar del criterio de la Corte Nacional de Justicia en cuanto a la reparación de daños extra patrimoniales es importante mencionar que este se ha venido desarrollando en la jurisprudencia, sin embargo, cabe mencionar que este tema no se encuentra desarrollado con mayor especialidad, puesto que como hemos analizado en el Capítulo I del presente trabajo, se expone que en materia civil el Ecuador presenta una figura un tanto restringida cuando se trata de daños extra patrimoniales.

El modelo reparatorio que reflejan las sentencias de la Corte Nacional del Ecuador otorga al juez el rol de decidir una justa reparación en base a la *prudencia*, esto implica que no han existido pronunciamientos uniformes sobre la reparación integral de daños extra patrimoniales, el caso específico de la indemnización como parte de esta no queda aislado ya que en las diferentes sentencias que forman la jurisprudencia ecuatoriana se puede comprender que el juez al momento de dictar su resolución tiene como noción a los fallos, no obstante, no se plantea una base o un tope para determinados casos; este particular resulta obvio ya que la naturaleza de estos daños no permite establecer montos, lo cual se verifica con la doctrina y la jurisprudencia analizada.

Cabe recalcar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el principio de reparación integral, no obstante, este en materia civil no se lo encuentra desarrollado de una manera compleja, indicando que tratándose de daños se entiende a una indemnización como reparación recogida en la norma sustantiva civil, lo cual arroja como resultado la relativa insuficiencia normativa considerando los avances jurídicos que podemos conocer hoy en día

por la constante aparición de nuevas circunstancias que tienen repercusiones jurídicas en el diario vivir.

Oportunamente, Morán (2010) ha puntualizado lo siguiente en cuanto al modelo que se lleva a cabo en el sistema judicial ecuatoriano en cuanto a la reparación:

La Constitución de la República en actual vigencia tutela de manera general todo el quehacer del hombre y todo el interés que socialmente pueda generar; en consecuencia toda conducta que lesione el interés del particular o el mundo íntimo de la persona (daño moral) debe necesariamente ser reparado. Desde este punto de vista pensar que el derecho deja algún hecho dañoso al margen de su consideración ya no es posible, tanto más que la tendencia actual es reparar todo daño sin considerar la culpabilidad del sujeto, de esta manera podríamos generalizar que toda conducta dañosa es especialmente antijurídica. Es importante señalar también que para esta forma de responsabilidad no es solamente reprimir el daño o daño inconcluso; cuando se coloca a una persona en situación de peligro a consecuencia de un hecho ilícito programado cuyo resultado no se da por situaciones ajenas a la voluntad del autor; todas estas manifestaciones de conductas dañosas, (daño moral, espiritual, intelectual) merecen la respuesta de la reparación.- (p. 282)

En cuanto a lo manifestado por el autor del texto citado, nos podemos percatar que el sistema ecuatoriano actual reconoce esta obligación de reparar, teniendo claro que “toda conducta dañosa es especialmente antijurídica”; encontrando así la evolución práctica del Derecho de Daños, lo cual no es exclusivo cuando se trata de reparación en el sentido de que la tendencia actual incluso considera al riesgo como un daño, es decir, no es necesario que se consume un daño en estricto sentido para poder acceder a una reparación integral ya que una persona puede sufrir un daño aún mayor a uno que se consumado por el hecho de encontrarse en algún tipo de peligro ajeno a su voluntad, lo cual conlleva la necesidad de ser reparado.

El criterio que se plasma en torno a las decisiones de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se ve plasmado en las resoluciones de los jueces en lo atinente a las sentencias en procesos de daños extra patrimoniales, es así, que como se puede observar en la resolución No. 20-2007, la Corte Nacional de Justicia (en aquel entonces Corte Suprema de Justicia), a

través de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, en fecha 31 de enero de 2007 emite su decisión sobre la acción de daño moral que interpone Simón Leonidas Montúfar Herrera en Contra de la Contraloría General del Estado ecuatoriano; los jueces de la sala son claros en manifestar que la reparación dictada en primera instancia y ratificada en segunda, va acorde al artículo 2232 del Código Civil, tomando las palabras de las dos instancias, en las cuales conceptualizan al daño moral pero no hacen un análisis exhaustivo de ésta figura, sin embargo, un punto interesante de ésta resolución es que la reparación por equivalencia se constituye como el pilar fundamental para basar la indemnización dentro de la causa en cuestión. De ésta manera, podemos observar que antes de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, los jueces tenían una noción resarcitoria basada en el principio de reparación por equivalencia, sin que esto implique una tasa económica sobre los daños extra patrimoniales.

Para efectos de conocer la manera en la cual los jueces de la Corte Nacional de Justicia resuelven causas concernientes a acciones por daño moral, en concreto daños extra patrimoniales, es pertinente analizar el fallo de fecha 12 de marzo de 2014 signada con el número 477-2012, que siguió el señor Jorge Herminio González Urgilés en contra del señor Néstor López Chacón, en la cual se deriva una acción civil solicitando la cancelación de una indemnización como reparación de un delito de injurias calumniosas, en la cual la sentencia de mayoría rechaza el recurso de casación en virtud de la autonomía que representan las acciones civiles por daños; considerando que de un mismo hecho pueden resultar situaciones que generan efectos jurídicos en distinta áreas, cabe mencionar que en ésta sentencia existe un voto salvado que favorece al actor, sin embargo por mayoría se deshecha el recurso planteado y se confirma la indemnización dictada.

Bajo éstas dos aristas analizadas, podemos colegir que los jueces después del año 2008 con la Constitución vigente, existe un examen profundo en relación a las sentencias anteriores a la Constitución del año 2008, en las que el rol de los jueces se observa con mayor detenimiento en éste aspecto; no obstante, se puede verificar todavía un desarrollo somero de la figura del daño moral directamente, evidenciando una falta de análisis profundo de los daños, en vista de que el recurso de casación es enfocado intentando atacar a que la indemnización por daño sería suficiente con la reparación del ámbito penal

Con lo mencionado se puede observar que en el Ecuador no existe un desarrollo basto de lo que implica el Derecho de Daños, si bien en otros casos pudiéramos observar formas distintas de tomar a la reparación integral que corresponde, no existe unificación de criterios por parte de los operadores jurídicos, lo que genera un estancamiento en la determinación de límites al Principio de Reparación Integral.

Cabe mencionar también que éste fenómeno de heterogeneidad en las resoluciones de la Corte Nacional es evidentemente lógico, puesto que cada caso representa un universo con vicisitudes que pueden variar en distinto grado de uno a otro, no obstante, lo que se verifica es que esta diferencia en criterios entre los jueces, nace desde la norma civil en la cual se le otorga al juez la capacidad de expresarse según su “prudencia”, entendiendo que un criterio jamás va a ser idéntico a otro; en concreto podemos evidenciar este desarrollo insuficiente de los límites a los medios reparatorios en la jurisprudencia ecuatoriana, lo cual arroja que tenemos un acervo bastante amplio por desarrollar en lo concerniente a daños extra patrimoniales.

3.4. Análisis comparativo de jurisprudencia

Posterior al análisis comparativo de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se desprenden varias conclusiones sobre los medios reparatorios y los límites que rigen para ellos según la línea que adopta cada ente jurisdiccional. Podemos observar similitudes que resultan notorias como por ejemplo el rol imperativo que adquieren los jueces en la entidad internacional de derechos humanos como en los modelos de Ecuador y Colombia, esto es que el *arbitrio iudice* es sumamente relevante cuando se trata de resolver sobre medios reparatorios.

En cuanto a los límites de los medios reparatorios empezamos a encontrar diferencias sustanciales, ya que en la Corte Interamericana encontramos un enfoque reparatorio desde los Derechos Humanos y los casos más relevantes, por así decirlo, teniendo en cuenta que esta Corte ha desarrollado su jurisprudencia en este campo por violaciones graves a derechos fundamentales de las personas y de los Estados que han aceptado formar parte de la comunidad internacional. La diferencia radica en que al hablar de la Corte Suprema de Colombia y la Corte Nacional del Ecuador, estamos enfocados netamente desde la materia

civil, no obstante, cabe mencionar que el análisis del criterio de la Corte Interamericana es importante ya que tanto Colombia como Ecuador manejan un modelo constitucional de derechos y justicia; en efecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana refleja un criterio más o menos uniforme, mas no exacto, ya que corresponde a los jueces la decisión prudente de calcular medios de reparación, quienes se ayudan en especialistas técnicos, es decir, peritos acreditados que dependiendo de su área van a emitir informes que otorguen al juez la noción justa de reparación; en el caso de Ecuador y Colombia la situación difiere ya que es potestad del juez analizar y determinar los daños que ha sufrido una o varias personas, y así resolver de manera “justa”.

Una de las diferencias sustanciales que encontramos en torno a la comparación del criterio de la Corte colombiana con la ecuatoriana es el desarrollo de la jurisprudencia, en el sentido de que en Colombia la materia de daños, responsabilidad y reparación integral se encuentra en un punto considerablemente tratado desde las normas que conforman el ordenamiento interno, como es el reconocimiento de daños y sus clases, responsabilidad contractual y extracontractual, y medios de reparación dentro de su Código Civil; esto no sucede en el Ecuador ya que el derecho de daños se encuentra inmerso en materia civil, pero las figuras que encontramos en el Código Civil se representan de una manera retrograda, considerando que nuestra codificación civil tiene larga data sin ser derogado por un nuevo código que contemple situaciones actualizadas; es por esta razón que en Colombia ya se ha podido fijar baremos que sirvan de una herramienta judicial para tener una idea más o menos clara de lo que se puede exigir como actor de un proceso en el cual se pretenda reclamar una reparación.

En este sentido concluimos que el criterio jurisprudencial ecuatoriano se encuentra en una situación de desigualdad en comparación al criterio de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre la determinación de los medios reparatorios y los límites que estos deben tener; debemos tener en cuenta que el avance de Colombia y relativo estancamiento del Ecuador no se refleja en cuanto a los límites, ya que en este punto encontramos la similitud de que en los sistemas analizados la reparación integral se realiza en función del daño, más no por límites preestablecidos.

Otra conclusión a la que arribamos según el análisis propuesto se ve reflejada en la práctica, es decir, en el rol que corresponde netamente a los abogados, tanto litigantes como jurisconsultos, ya que es notorio en dos aspectos, en primer lugar en la producción jurídica literaria sobre daños y responsabilidad civil; y en un segundo lugar la práctica diaria; bajo estas dos premisas observamos que *primero* en Colombia existe una producción de doctrina de daños que es reconocida a nivel internacional, lo cual no ocurre con el Ecuador ya que existe una producción literaria casi nula sobre temas de daños; *segundo*, en lo tocante a la cultura jurídica creada en las distintas sociedades, en vista de que como se puede observar en Colombia existe un sinnúmero de casos civiles por reclamos de reparación integral como consecuencia de daños patrimoniales o no patrimoniales, incluso algunos que para ciertos criterios resultarían irrelevantes para ser conocidos en un proceso judicial; en Ecuador a mi parecer todavía no generamos una cultura jurídica desarrollada sobre el derecho de daños ya que de lo que podemos observar en la práctica diaria es que el común denominador de los reclamos de reparación de daños se ve supeditado a la responsabilidad contractual y reparación de bienes patrimoniales, dejando de lado el aspecto extra patrimonial de los individuos; esto genera que los jueces, salas y tribunales generen un “criterio” limitado, que no se abre a la interpretación constitucional de la norma civil para una reparación adecuada.

Sobre este último aspecto, en el Ecuador podemos observar dicho estancamiento únicamente observando el ordenamiento jurídico interno, y notar que la reparación civil se encuentra por demás retrasada en comparación a la penal, por ejemplo; también si observamos el área constitucional, observamos un desarrollo notorio de la reparación integral de vulneración de derechos fundamentales.

Con lo expuesto concluimos en una desigualdad notoria entre los criterios analizados, enfatizando en que existe similitud en cuanto al mecanismo de interpretación de los daños y la manera en la cual el juez según su prudencia y sana crítica le permitan asimilar cada caso, pero la diferencia se encuentra en el desarrollo integral de las distintas áreas del Derecho, iniciando por la normativa que regula cada figura y extiende el campo necesario para que los jueces se desenvuelvan.

3.5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo de titulación, mediante la aplicación de un método deductivo basado en un análisis cuantitativo partiendo de lo general de la materia de daños extra patrimoniales aterrizando en el tema particular que son los límites que se deben observar para cuantificar los medios reparatorios de estos. Se ha analizado doctrinariamente el tema planteado, así, pudimos obtener la base conceptual de la investigación; en segundo plano se han analizado los límites a los medios reparatorios existentes en materia de daños, enfocados netamente en la reparación integral de los daños extra patrimoniales tanto en la doctrina, como en nuestro ordenamiento jurídico y en jurisprudencia ecuatoriana, en aras de observar el principio de reparación integral; y un tercer plano se ha enfocado en el análisis de jurisprudencia con el afán de obtener un resultado concluyente en relación a los avances o retrocesos del Ecuador en relación a los criterios de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Determinando las siguientes conclusiones conforme al tema motivo de investigación:

Existe una palpable falta de actualización normativa en cuanto a la reparación integral en el ámbito civil, considerando la codificación, la cual es extremadamente antigua y aun así sigue vigente, reconociendo un carácter adaptable a los fenómenos actuales; no obstante, esto representa una variedad de aspectos desprovistos que resultan esenciales para la reparación integral.

Se puede notar una falta de conocimiento y formación de un criterio unificado en cuanto a los límites a los medios reparatorios de los daños extra patrimoniales, lo cual conlleva a situaciones que no guardan una relación lógica razonable entre el daño y el reclamo de reparación; esto como resultado de una falta de estudio de ésta figura.

Se puede notar que existe una confusión que resulta común en la práctica, misma que se presenta entre “indemnización” y “reparación integral”, ya que se puede observar que tanto en un sector de la comunidad de abogados litigantes, son considerados como sinónimos en las acciones propuestas, solicitando como “reparación” una cantidad dineraria con la cual el actor se entendería plenamente satisfecho y reparado; es así que se estarían dejando aislados

los otros mecanismos de reparación que son plenamente válidos en el Ecuador, limitando así a la reparación integral.

En el Ecuador no existe una norma expresa en la cual se encuentre limitado el modo de aplicación de la reparación integral de los daños extra patrimoniales, sino, se va desarrollando conforme se desarrolla la jurisprudencia, misma que sirve como guía para abogados y jueces, para el estudio y discernimiento de los límites que se encuentran implícitos.

Ante la evidente falta de actualización de nuestro Código Civil, no representa impedimento para que el modelo constitucional reflejado en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, ya que el neo constitucionalismo entiende al garantismo como pilar fundamental; de esto se desprende la aplicación a todas las ramas del Derecho; lo cual en materia civil de daños extra patrimoniales implica que cualquier vulneración no puede quedar desprovista de un resarcimiento.

En codificación civil ecuatoriana, la “prudencia del juez” se consolida como el único parámetro de cuantificación para daños extra patrimoniales que se determina de forma expresa en la norma sustantiva; cabe mencionar que la normativa comentada indica únicamente la terminología del “daño moral” y así también particularmente de “indemnización”, mas no, reparación integral.

Cabe recalcar lo que se ha mencionado sobre la doble dimensión de la reparación integral, esto es como principio del Derecho Constitucional y como derecho fundamental que es correlativo a todos los individuos por nuestra calidad de seres humanos, es decir, que es tan amplio que enviste a todos los individuos de la protección del derecho a ser reparado y que se encuentra presente en todas las áreas jurídicas.

Es importante mencionar como conclusión que las acciones de daños gozan de autonomía cuando se trata de daños extra patrimoniales en concreto, en relación a los posibles menoscabos que pueden surgir como consecuencia de actos que ya se encuentren previstos y sancionados en otros cuerpos normativos; esto implica que las acciones civiles para reclamar el reconocimiento de la reparación integral se pueden presentar sin perjuicio de haber sido cubierta alguna sanción en una acción de otra materia.



En cuanto a producción jurídica literaria sobre Derecho de Daños, de manera general, el Ecuador no representa un referente, lo cual se debe tomar como un llamado hacia las corrientes relativamente nuevas del Derecho, o en su defecto a las menos desarrolladas; esto con la finalidad de aportar al mundo jurídico con el estudio de figuras aplicables a condiciones sociales actuales y los resultados jurídicos que se desprenden de aquellas.

La recomendación que planteo se encamina sobre el intento de profundizar temas que observados de manera superficial aparentan una suficiente producción de trabajos que se han enfocado en ésta área; considerando un área que a pesar de haber sido comentada carece de muchos aspectos de innovación y actualización. El objetivo es conjugar en la práctica lo que prevé nuestro modelo constitucional con nuestro modelo civil, y así poder generar conocimiento aplicable a la vida diaria profesional.

REFERENCIAS

Bibliografía

- Abarca, H. (2010). *El daño moral y su reparación en el Derecho Positivo*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Barrientos, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. *Revista Chilena de Derecho*, 85-106. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100004
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Calderón Gamboa, J. (2013). *La reparación integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Calvo, C. (2006). *Daño Resarcible*. Buenos Aires, Argentina: HAMMURABI.
- Díez Picazo, L., & De León, P. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid, España: Civitas.
- Domínguez Águila, R. (2010). Los límites al principio de reparación integral. *Revista Chilena de derecho privado*, 9-28.
- Gherzi, C. A. (1992). *Reparación de Daños*. Buenos Aires, Argentina: UNIVERSIDAD.
- Gómez Pomar, F., & Marín García, I. (2015). *El Daño Moral y su cuantificación*. Barcelona, España: WOLTERS KLUWER S.A.
- Guásquez, L. (2017). *Revistas Javerianas*. Obtenido de El daño en el ordenamiento jurídico español: ¿nuevos daños? Análisis Jurisprudencial. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/artic>
- Henao, J. (2003). *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho Colombiano y Francés*. Bogotá, Colombia: Universidad externado de Colombia.

- López, C. (2009). Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 314.
- Martínez, G. (2003). *De la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Moisset, L. (1998). *Curso de Obligaciones Segunda edición, Tomo II*. Córdoba, Argentina: ADVOCATUS.
- Morán Sarmiento, R. E. (2010). *El Daño aspectos sustantivos y procesales*. Quito, Ecuador: EDILEX S.A.
- Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de Daños*. Bogota, Colombia: LEYER.
- Piedra Andrade, J. C. (2017). *Apuntes de Derecho de Daños*. Cuenca, Azuay, Ecuador.
- Pizarro, R. (2013). *Responsabilidad del Estado y del funcionario público Tomo 2*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Pizarro, R. (2013). *Responsabilidad patrimonial del Estado 1º edición*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Ramírez, E. S. (2014). *Error Médico y Daño Moral*. México, México: Porrúa México.
- Söchting, A. (2006). Criterios para determinar el indemnizatorio en el daño moral un estudio de la jurisprudencia española. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 51-87.
- Uribe García, S. (2014). *Anuario de Responsabilidad Civil y del Estado*. Medellín, Colombia: Ediciones UNAULA.
- Viney, G., & Jourdain, P. (2001). *Les effets de la responsabilité” 2da edición*. Paris, Francia: LGDJ.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA:

- Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, supra, párr. 26, y Caso Gorioitía Vs. Argentina, supra, párr. 60.
- Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras..., supra nota 5, párr. 49; Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia..., supra nota 78, párr. 246; Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia..., supra nota 164, párr. 141.
- Cfr. Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina..., supra nota 233, párr. 172; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador..., supra nota 99, párr. 236, y Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay..., supra nota 75, párr. 202.
- Cfr. Corte IDH. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador..., supra nota 148, párr. 55; Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú..., supra nota 148, párr. 23; Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89, párr. 23; Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 95 y 100. cada rubro.
- Código Civil de Colombia. Sancionado el 26 de mayo de 1873.
- Código Civil. Registro Oficial-Suplemento 46, Quito, Ecuador, 24 de junio de 2005.
- Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506, Quito, Ecuador, 22 de mayo de 2015.
- Código Orgánico Integral Penal. Vigente desde 10 de febrero de 2014. Quito Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 , 20 de Octubre 2008.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52 , 22 de Octubre 2009, Última Reforma: Suplemento del Registro Oficial 75, 8-IX-2017.
- Pacto de San José de Costa Rica se encuentra vigente desde el 18 de julio de 1978, mismo al cual el Ecuador se ratificó el 8 de diciembre de 1977.



ANEXOS

1. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, supra, párr. 26:

“26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.”

2. Caso Gorioitía Vs. Argentina, supra, párr. 60.:

“60. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior⁸⁷. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, este Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron⁸⁸. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.”

3. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia..., supra nota 78, párr. 246:

“246. Sin embargo, la Corte nota que la forma de calcular y distribuir la indemnización por pérdida de ingresos en dichos procesos a nivel interno es diferente a la forma como lo hace este Tribunal. Esta Corte considera que la indemnización por concepto de pérdida de ingresos comprende los ingresos que habría percibido la víctima fallecida durante su vida probable. Ese monto, por lo tanto, se incorpora al patrimonio de la víctima fallecida, pero se entrega a sus familiares. Por estas razones, la Corte determinará los montos propios que estime pertinente disponer.”

4. Caso Escué Zapata Vs. Colombia..., supra nota 164, párr. 141:

“141. Esta Corte ha establecido que la indemnización por concepto de pérdida de ingresos comprende los ingresos que habría percibido la víctima fallecida durante su vida probable.

Ese monto corresponde al patrimonio de la víctima fallecida, pero se entrega a sus familiares.”

5. Caso Bueno Alves Vs. Argentina..., supra nota 233, párr. 172:

“172. Por todas las consideraciones expuestas, teniendo presente que no hay prueba de los ingresos que el señor Bueno Alves percibía antes de los hechos de tortura, considerando los documentos referenciales que han sido presentados al Tribunal sobre los ingresos que se perciben en el sector de la construcción (supra párr. 149), teniendo en cuenta su incapacidad laboral, y considerando que no hay certeza sobre la recepción de ingresos por alguna actividad laboral alternativa, la Corte recurre a la equidad y estima que el Estado debe entregar la suma de US\$ 100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Bueno Alves, por concepto de indemnización por los ingresos que dejó de percibir a consecuencia de los hechos del presente caso.”

6. Caso Tibi Vs. Ecuador..., supra nota 99, párr. 236:

“236. Este Tribunal observa que por la actividad que realizaba el señor Daniel Tibi no es posible determinar cuál era su ingreso mensual, además de que no fueron aportados comprobantes idóneos para determinar con exactitud el ingreso que percibía en la época de su detención. Al respecto, en consideración de la actividad que realizaba la víctima como medio de subsistencia y las particularidades del presente caso, la Corte fija en equidad la cantidad de €33.140,00 (treinta y tres mil ciento cuarenta euros), por concepto de pérdida de ingresos tanto por el tiempo que permaneció detenido como por la disminución en la capacidad para realizar su actividad laboral normal.”

7. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay..., supra nota 75, párr. 202:

“202. En cuanto a los supuestos ingresos dejados de percibir por el señor Canese, la Corte no fijará indemnización alguna por este concepto, ya que no consta en el acervo probatorio de este caso prueba suficiente que permita establecer cuáles fueron los ingresos aproximados que aquel no percibió ni por cuáles actividades el señor Canese dejó de recibir ingresos fuera del país.”

8. Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador..., supra nota 148, párr. 55:

“55. Teniendo presentes las manifestaciones del Estado, de la Comisión y de los familiares de la víctima que comparecieron a las audiencias públicas, la Corte considera que debe aprobar en todos sus términos la propuesta de solución amistosa, por encontrarse ajustada al propósito de la Convención Americana.”

9. Caso Barrios Altos Vs. Perú..., supra nota 148, párr. 23:

“23. El 14 de agosto de 2000 la Secretaría notificó la demanda y sus anexos al Estado. Asimismo, informó a éste que se había solicitado a la Comisión que remitiera algunos anexos que aún se encontraban defectuosos, los cuales le serían enviados tan pronto como fueran recibidos. Además, comunicó al Perú que disponía de un mes para nombrar agente y agente alterno y para designar juez ad hoc, y de cuatro meses para responder la demanda.”

10. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89, párr. 23:

“23. Corresponde a la Corte evaluar si el acuerdo sobre reparaciones es compatible con las disposiciones pertinentes de la Convención Americana, así como verificar si se garantiza el pago de una justa indemnización a los familiares de las víctimas, y se reparan las diversas consecuencias de las violaciones de los derechos humanos cometidas en el presente caso.”

11. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 95 y 100. cada rubro:

“95. La Corte observa que el acuerdo al que han llegado las partes es compatible con la Convención Americana y con la jurisprudencia de esta Corte, por lo que homologa el acuerdo en este punto. En consecuencia, la Corte estima que el Estado debe pagar la suma de US\$20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en nuevos soles, a favor de la señora Martha Flores Gutiérrez, por los daños materiales causados en consecuencia de la ejecución extrajudicial de su compañero, el señor Pedro Huilca Tecse.”

“100. La Corte observa que el acuerdo al que han llegado las partes es compatible con la Convención Americana y con la jurisprudencia de esta Corte, por lo que homologa el acuerdo en este punto. En consecuencia, la Corte estima que el Estado debe pagar la suma de US\$250.000,00 (doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su

equivalente en nuevos soles, por concepto del daño moral sufrido por los señores Pedro Huilca Tecse, Martha Flores Gutiérrez, Indira Isabel Huilca Flores, José Carlos Huilca Flores, Flor de María Huilca Gutiérrez, Katiуска Tatiana Huilca Gutiérrez, Pedro Humberto Huilca Gutiérrez y Julio César Escobar Flores, el cual será distribuido según lo establecido en el párrafo anterior.”

12. Fallo de fecha 12 de marzo de 2014, causa signada con el número 477-2012:

“5. ANALISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTA LA CAUSAL
5.1 PRIMER CARGO: Con fundamento en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente, acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 346.2 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que la Sala de Apelación inaplicó dicha norma, por cuanto el Juez competente para conocer sobre la indemnización de daños y perjuicios por daño moral, derivado del delito de injurias calumniosas era el Juez de Garantías Penales que dictó sentencia, conforme lo prescrito en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, este Tribunal considera realizar las siguientes precisiones: 5.1.1. La competencia según el inciso segundo del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil “es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida ente los diversos tribunales y juzgados, por razón de territorio, de la materia, de las personas y de los grados.”. 5.1.2. El daño según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia”. Es un resultado producido por un acto o hecho del ser humano, sobre el patrimonio o sobre la persona de otro ser humano; de tal modo que es todo menoscabo que experimenta un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio material o moral, de orden patrimonial o extra patrimonial. Sobre el mismo tema, el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez dice “Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera.” (Alessandri Rodríguez Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, Chile, 1943) Las disposiciones de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas

sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral: 1.-Autonomía: Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que regulan otras leyes. No hay norma que establezca al respecto prejudicialidad; más bien se ha previsto que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito”, están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes entre otros casos manchen, la reputación ajena, etc. 2.- Causas: Están obligados a la reparación de daño moral, entre otros quienes hayan provocado un procedimiento judicial o una detención injustificados. 3.- Gravedad: La indemnización por daño moral debe hallarse “justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”. Igualmente la doctrina enseña que “desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado” (Enrique Barros Baurie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.2006, pág. 314). 5.-Nexo Causal: “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado”. Artículo 2232 inciso tercero del Código Civil. “El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño” (Enrique Barros Bourie, ob cit. Pág. 373). El Dr. José García Falconí, al respecto señala que existen dos clases de daño: “los patrimoniales y los extra patrimoniales o morales. O sea el daño se divide en material y moral; y, éste último en moral subjetivo y moral objetivado. El daño material a su vez se subdivide en daño emergente y lucro cesante. La doctrina señala que “El daño emergente es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haber cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento, y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haber cumplido la obligación o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento” (Dr. José García Falconí, “La demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos”, Ediciones RODIN, pág. 205). El Tratadista Fernando Coello dice “El daño extra patrimonial o moral, es aquel que se

causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, en que se afecte a la persona o se vulnere un derecho de la personalidad. O de un derecho de familia propiamente tal.” (Coello Fernando, Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986). 5.1.3 En este mismo sentido el ex Tribunal Constitucional, respecto a las indemnizaciones por daño moral ha señalado que “...doctrinariamente no existe ninguna limitación o especificación para que las indemnizaciones por daño moral deban ser restringidas solo al ámbito penal, es decir que deban ser fijadas, previo el establecimiento por un juez penal de la existencia de un delito penal, tan es así que hay muchas legislaciones que han restringido estas indemnizaciones, a los casos de delitos penales dolosos, pero así mismo hay otras tantas que viabilizan la indemnización por daño moral solo en los casos de actos ilícitos civiles o de incumplimiento contractual [...]. De modo general y pese a la posibilidad de que se tome uno u otro sistema, se establece que aún en el caso de tratarse de un delito penal, no se exige “...que exista sentencia condenatoria en el fuero criminal, para que quede abierta la acción civil preparatoria del agravio moral. El juez civil tiene la potestad para calificar el hecho y aplicar los efectos civiles que correspondan a su categoría” (página 608, Tomo I, Enciclopedia Jurídica OMEBA). [...]. Que, un mismo hecho puede ser perseguido por ambas acciones conforme lo señala el mismo artículo 2241, sin que ello constituya una distracción del Juez competente como lo alega la demanda, tan solo se trata de acciones perfectamente diferenciadas, tomadas cada una dentro de su ámbito, de acuerdo con el sistema que al respecto ha tomado nuestra legislación, lo cual no impide desde luego que en un momento dado, si el legislador considera pertinente pueda establecerse un sistema que requiera que se establezca la prejudicialidad para los casos de reclamos por daños morales. Que, en el país tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, existe acuerdo en el sentido de que” Nada hay en la doctrina ni en la jurisprudencia el que impida a la jurisdicción civil el conocimiento de hechos que pueden ser constitutivos de culpa o negligencia, aunque de ellos haya conocido también la jurisdicción penal en el aspecto que puedan ofrecer de delito o contravención. (Gaceta Judicial, Año LXXXI, Serie XIII, No. 12, Pág. 2827. Quito, 29 de mayo de 1981)”. (Resolución No. 102.2000, publicada en el Suplemento del R.O. No. 110 de 30 de junio del 2000). 5.1.4 La ex Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, al respecto ha señalado “Según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido

un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado. El hecho ilícito puede constituir las figuras jurídicas del delito o cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo o malicia, que según la definición del último inciso del artículo 29 del Código Civil es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del mismo artículo es la falta de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El mismo hecho ilícito, entonces, puede constituir delito o cuasidelito y puede ser penal o civil. El delito o cuasidelito es penal cuando el hecho ilícito está tipificado como infracción penal por la ley, y es civil en los demás casos. Por lo común el delito es penal, puesto que el dolo o malicia es uno de los elementos constitutivos de la acción penal; sin embargo, existen hechos dolosos que no están tipificados como infracciones por la ley penal, en cuyo caso, el hecho ilícito no obstante ser malicioso o doloso constituye únicamente delito civil...” (R.O. 66, 22 de Abril de 2003, Resolución No. 53-2000).

5.1.5 En el caso en análisis este Tribunal observa que la Sala de Apelación en el considerando SÉPTIMO de su sentencia señala que “... Es necesario advertir de que el mismo maestro citado, analiza y concluye que la responsabilidad penal y la civil pueden coexistir respecto de un mismo hecho, como en el presente caso. Es decir que es independiente la acción penal que por el delito de injurias que se ha seguido y obtenido sentencia condenatoria de última instancia en contra de Néstor López Chacón y Juan Cabrera Vázquez, por ser autores de la infracción prevista e el Art. 489. Inciso segundo del Código Penal, imponiéndoles la pena modificada de TREINTA DIAS DE PRISION CORRECCIONAL, más el pago de daños y perjuicios y costas procesales.” (Sic), argumentando que al ser dos personas los autores de la publicación injuriosa en contra de la honra del casacionista y haberse configurado los elementos para la existencia de la responsabilidad civil extra contractual, cabe la pretensión del actor.

5.1.6 “El daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o efectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los

atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimientos que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral...” (Alessandri Rodríguez Arturo (2005) De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 164, 165). Este Tribunal, concordando con la doctrina expuesta, con fundamento en el artículo 2232 del Código Civil que prevé la independencia de la acción de daño moral, cuya competencia corresponde al Juez Civil. Siguiendo el trámite previsto para el juicio ordinario, pues la acción planteada no corresponde a liquidación de daños y perjuicios ordenados en el proceso penal, en el que, además no se resuelve indemnización por daño moral, ni se ordenó su pago, rechaza el cargo. .2 SEGUNDO CARGO: El recurrente invocando la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa a la sentencia de falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios constantes en las resoluciones Nos. 484-99, 372-99 y 516-99, publicadas en los Registros Oficiales Nos. 333, 257 y 335 de 7 de diciembre, 18 de agosto y 9 de diciembre de 1999, argumentando que la acción debía dirigirse en contra de los responsables del “perjuicio moral” (Sic), de manera conjunta; y, “de no haberse excepcionado aquello correspondía a la Sala de oficio pronunciarse al respecto por ser un presupuesto de toda sentencia de fondo o mérito.” (Sic). Al respecto este Tribunal observa que, el demandado al contestar la demanda comparece oponiendo entre otras, la excepción de “falta de legítimo contradictor” (Sic), precisando que la presente acción debía dirigirse en contra de Juan Cabrera Vásquez y el recurrente, por ser los responsables de la publicación, por lo tanto “los dos debemos, solidaria y conjuntamente, responder por los daños que dice aquel ha sufrido” (Sic).

5.2.1 La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legítimo contradictor).

5.2.2 La ex Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en diferentes fallos, en el mismo sentido, así en la resolución No. 79-2003, publicada en el R.O. No. 87 de 22 de mayo del 2003, en el que deja sentado que

“La ilegitimidad de personería se refiere a la falta de capacidad legal para comparecer al juicio.... la capacidad de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra, Art. 1488 inciso final del Código Civil;El legítimo contradictor hay que buscarlo dentro de la relación jurídica material o sustancial que en la demanda se pretende declararla, modificarla o extinguirla. La relación jurídica material o sustancial es, pues, la que obliga la concurrencia al proceso de un determinado número de personas, todas ellas interesadas en esa relación, para que el juzgador pueda pronunciar sentencia de fondo o mérito. La exigencia de que sea necesaria la concurrencia de todas estas personas interesadas en una relación jurídica procesal se debe a que tales personas pueden resultar perjudicadas, porque a todas ellas puede obligar la sentencia y alcanzarles los efectos de la cosa juzgada. Si no están todas presentes se infringe el principio jurídico natural del proceso de que “nadie puede ser condenado y vencido en juicio sin ser oído”, principio que esta elevado a precepto constitucional en el numeral 10 del artículo 24 de la Constitución de la República del Ecuador.” 5.2.3 Hernando Devis Echandía, en su obra Teoría General del Proceso 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004. Pág. 259, nos ilustra al respecto señalando “...no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser

personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas; y b) Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso”. La falta de legitimación en causa implica rechazo a la demanda, e impide dictar una sentencia de fondo. No produce nulidad.

5.2.4 El artículo 2217 del Código Civil prescribe que “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los

artículos 2223 y 2228...” 5.2.5 El artículo 1530 del Código Civil dispone “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su

arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.” El tratadista René Abeliuk Manasevich define a la obligación solidaria como “aquella en que debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, cada acreedor está facultado para exigir el total de la obligación, y cada deudor puede ser obligado a cumplirla íntegramente.” (René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, 1ª. Edición, Santiago, 1970, Editores Lopez-Viancos, pág. 278) En el caso en análisis, este Tribunal observa que el actor ha incoado la presente acción en contra de Néstor López Chacón y no de Juan Cabrera Vásquez, pese a que la publicación fue realizada en forma conjunta, la que generó un ilícito y en consecuencia una obligación solidaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 2217 del Código Civil ya transcrito, obligación que en consecuencia podía ser reclamada a cualquiera de los dos responsables de la publicación, al arbitrio del accionante conforme lo prescribe el artículo 1530 del Código Civil, antes citado. Razón por la cual, este Tribunal rechaza el cargo.

DECISION

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, NO CASA la sentencia dictada el 12 de abril del 2012, las 15h27, por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, en el juicio ordinario que por daño moral sigue Jorge Herminio González Urgiles en contra de Néstor Gonzalo López Chacón. Sin costas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia. ff) María Rosa Merchán Larrea, Dr. Wilson Andino Reinoso (V S) y Dr. Paul Iñiguez Ríos, JUECES NACIONALES; y, Dra. Lucia Toledo Puebla, SECRETARIA RELATORA.

- 13.** Resolución No. 20-2007 emitida por Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador -Corte Suprema en aquel entonces-, en fecha 31 de enero de 2007:

No. 20-2007

ACTOR: Simón Leonidas Montúfar Herrera.

DEMANDADO: Contralor General del Estado, subrogante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 31 de enero del 2007; a las 11h35.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados titulares de esta Sala, y Conjuez Permanente, respectivamente, designados por el Comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjueces de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de noviembre de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. En lo principal, en el juicio ordinario que, por daño moral sigue el señor Simón Leonidas Montúfar Herrera en contra de la Contraloría General del Estado. La Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, en fallo acepta en parte el recurso de apelación interpuesto por el Contralor General del Estado, desecha la adhesión del demandante y reforma la sentencia en cuanto al monto fijado como indemnización que debe pagar la institución demandada, señalando en cuarenta mil dólares la suma que debe pagarse al actor, Simón Leonidas Montúfar Herrera, por daño moral. El Dr. Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado, subrogante, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito y encontrándose el juicio en estado de resolución, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República, en relación con el Art. 1 de la Codificación de la Ley de Casación, y puesto que el juicio fue sorteado el 10 de noviembre de 2003, habiéndose admitido a trámite y calificado el recurso mediante auto de 15 de marzo de 2004, por considerar que cumple con los requisitos de procedencia, legitimación y de formalidades que prescribe el Art. 6 de la Codificación de la Ley de Casación, en concordancia con el artículo 2, 4 y 5 ibídem, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004.

SEGUNDO.- El recurrente, estima que en el fallo de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, se han infringido los siguientes artículos: 23, 118, 143 y 144 de la Codificación de 1996 de la Constitución Política de la República; Art. 2258 (actual 2232) del Código Civil; 1 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 206 al 211, 239 a 242, 334, 335 inciso segundo, 340, 341, 362 a 365 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (actualmente derogados); 117 (actual 113), 118 (actual 114), 119 inciso primero (actual 115), 120 (actual 116), 277 (actual 273) y 278 (actual 274) del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO.- Fundamenta el recurso en las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación por: 3.1. Aplicación indebida de los Arts. 2258 (actual 2232) del Código Civil; 340 y 341 (actualmente derogados) de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; 3.2. Errónea interpretación del Art. 23 de la Codificación de 1996 de la

Constitución Política de la República, vigente a la época de presentación de la demanda; 3.3. Falta de aplicación de los Arts. 39 y 128 ibídem; 303 numerales 18 y 23; 325, 326, 332, 334, 335 inciso segundo, 353, 370 y 378 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (actualmente derogados); 1 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 3.4. Aplicación indebida de los Arts. 117 (actual 113), 118 (actual 114), 119 inciso primero (actual 115), 120 (actual 116) del Código de Procedimiento Civil, relacionados con la valoración de la prueba; 3.5. Errónea interpretación de los Arts. 277 (actual 273) y 278 (actual 274) ibídem; y, 3.6. Porque en la sentencia recurrida se resuelven aspectos del ámbito contencioso administrativo que no son materia del litigio por daño moral (causal 4a. del Art. 3 de la Ley de Casación).

CUARTO.- El recurrente basa todo su recurso en el hecho de que, a su criterio, el fallo recurrido se sustenta en aspectos propios de la materia contencioso administrativa y no en requisitos civiles del daño moral, porque las pruebas se concretan a procedimientos y actos administrativos de la Contraloría. En la especie, la responsabilidad por daño moral que contempla el Art. 2258 (actual 2232) del Código Civil, tiene su origen en la glosa 2144 de 5 de noviembre de 1993 formulada en contra de Simón Montúfar Herrera, Tesorero del Ministerio de Bienestar Social por la suma de S/. 602278.261,67 (sucres), concediéndole 60 días para que la conteste. La comunicación está firmada por el Lcdo. Vicente Navarrete, Secretario de Responsabilidades de la Contraloría. En la comunicación 2144-DIRES que se dirige a Simón Montúfar Herrera, fs. 26 a 29, se le hace conocer las responsabilidades civiles, y entre otros en el literal c) le dicen: "Por haber efectuado pagos, sin antes comprobar la legalidad, veracidad y conformidad de los mismos", determinan una suma de 583037.128 sucres y en el numeral 2, literal b) inciso segundo, se determina una glosa solidaria por el monto de S/. 883.993.18 sucres; en el numeral 3 una glosa de S/. 18253.835.08 (sucres); en el numeral cuatro determinan una glosa solidaria de S/. 103.305,41 (sucres). Consta de fs. 30 a 39 la comunicación dirigida a la Ministra de Bienestar Social mediante oficio 29144-DIRES, en la que le piden imponer las siguientes multas, entre otros a Simón Montúfar Herrera en calidad de Tesorero por la suma de 50.000 sucres y la destitución, comunicación firmada por el Dr. Mario Artieda Ibarra, Director de Responsabilidades de la Contraloría. A fs. 40 consta la acción de personal en la cual se destituye a Simón Leonidas Montúfar Herrera del cargo de Tesorero General, de fecha 15 de diciembre de 1993. Mediante comunicación de 22 de abril de 1996, constante de fs. 44 a 61, la resolución No. 2955 en la que el Contralor General del Estado manifiesta que como resultado del estudio del informe de examen especial, en el numeral 3 literal c), el numeral 6 y numeral 8, una vez que han sido contestadas las glosas y analizados los grados de responsabilidad de los glosados, resuelve: "Desvanecer la responsabilidad civil de la glosa No. 2144, correspondiente a Montúfar Herrera Simón por un monto de 602278.261,67 sucres". Por el Contralor General del Estado, firma el Dr. Hugo Espinosa Ramírez. Sin embargo, con anterioridad, una vez emitida la glosa por la Dirección de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado se publicó en el diario "La Hora" el 5 de julio de 1993 un artículo denominado "Una red de picardías",

citándose como responsable entre otros, a Simón Montúfar Herrera ; en el diario "El Comercio" de 14 de noviembre de 1993, consta también como responsable de la glosa por 2.800 millones de sucres, Simón Montúfar Herrera. La emisión equivocada de la glosa impuesta al actor y que posteriormente fuera desvanecida, provocó no solamente la imposición de una multa, sino también la destitución del cargo, lo cual le ocasionó un perjuicio de carácter económico y también un daño moral.

QUINTO.- Las facultades de la Contraloría General del Estado, constantes en los Arts. 340 y 341 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, vigentes a la época y actualmente derogados -que el recurrente estima infringidos-, y que se refieren a responsabilidades administrativas que conllevan la aplicación de sanciones previstas en el Art. 376 de la misma ley, también derogado, relativo a la responsabilidad civil que determina en forma privativa la Contraloría General, así como en las disposiciones de los Arts. 362 a 365 de la misma ley -que también se estiman infringidas-, son normas que debe cumplirlas el órgano de control, como efectivamente lo hizo en el caso, y que no le corresponde analizar a la Sala de la Corte Suprema, porque ya fueron aplicadas al emitir la glosa y luego su desvanecimiento, por lo que no ha habido falta de aplicación de estas normas, como lo expresa el recurrente. Compete a esta Sala analizar el recurso que impugna la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito sobre el daño moral, que el actor estima se produjo como consecuencia de la emisión de la glosa emitida.

SEXTO.- Los juicios por daño moral se deben sustanciar en la vía civil y no en la contencioso administrativa, como sostiene el recurrente, por tanto, no se acepta dicho cargo a la sentencia, ni se aplica la mención a la causal cuarta del Art. 3 de la ley de la materia.

SEPTIMO: En el caso, la imposición de la multa y la destitución del cargo de Simón Montúfar Herrera se realizó antes de la contestación de la glosa, por lo que se evidencia el daño moral causado al ser destituido sin concederle la oportunidad de responder a los cargos que se le imputaban; además, fue cuestionada su honorabilidad al haber emitido la glosa y recomendado su destitución, prematuramente, afectando su derecho a la honra y a la buena reputación establecido en el Art. 19 número 3 de la Constitución Política de la República. Más aún fue afectada su honorabilidad por el hecho de que, como consecuencia de la glosa indebidamente emitida se realizó la publicación de prensa mencionada en el considerando cuarto de esta resolución. En tal virtud, se configura la reparación de daño moral establecida en el inciso tercero del Art. 2232 del Código Civil, por lo que no se ha aplicado indebidamente dicha norma.

OCTAVO.- Las salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos, de los cuales extractamos el siguiente, se han pronunciado en relación al daño moral: "...CUARTO.- La doctrina, jurisprudencia y la ley, coinciden en distinguir entre el daño material y el daño moral, que aunque no trasciende a la esfera patrimonial o económica, sin embargo debe, como el patrimonial, ser indemnizado por el agente que lo causó.

Distinguiéndose entre patrimonio material y patrimonio espiritual de las personas, señalado por varios autores, así Savatier, entiende por daño moral todo sufrimiento humano no resultante de una pérdida pecuniaria, y Alessandri Rodríguez, como que es material el que consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio; y moral, el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico ... 5.1.- El daño moral o extrapatrimonial tiene sustantividad propia e independencia absoluta del daño material o patrimonial, aunque sus indemnizaciones sean acumulables. Los daños morales reconocen fuentes, fundamentos, prueba, valoraciones, etc., totalmente diferentes o distintas de los daños patrimoniales, por lo que no puede exigirse una prueba de carácter directo respecto de los mismos por ser de naturaleza distinta, facultando al juzgador a determinar prudencialmente el monto de los daños, pero sin que se excluya a los otros medios probatorios que consagra la legislación, criterio recogido en el inciso primero del primer artículo innumerado del artículo 2 de la Ley de Reparaciones de Daños Morales, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984 (exp. No. 74-2000, Segunda Sala, R. O. 66, 27-IV-2000)". El tratadista Ramón Daniel Pizarro, expresa: " b) Doctrina del resarcimiento del daño moral. La tendencia dominante en el Derecho moderno admite el carácter netamente resarcitorio que asume la indemnización del daño moral. Participamos decididamente de esta concepción, que brinda una respuesta justa, equitativa, libre de preconceptos y acorde con las nuevas fronteras que transita la responsabilidad civil. - Decimos que se propone una solución justa y equitativa, porque pondera con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado. Esto importa, en otras palabras, edificar el sistema en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado, que debe ser reparado con sentido resarcitorio, provenga de conductas antijurídicas dolosas, culposas o riesgosas. Y más aún en determinados supuestos de excepción, de actos lícitos... La tesis resarcitoria supera múltiples insuficiencias, errores y preconceptos que dan pretendido sustento a la doctrina de la sanción ejemplar, en cualquiera de sus formulaciones: 1.- Distingue con precisión la diferente función que cumple el dinero en los casos de reparación del daño patrimonial y moral. Como ya hemos dicho, en aquel supuesto asume un rol de equivalencia que permite, con mayor o menor exactitud, según los casos, restablecer el equilibrio patrimonial preexistente, alterado por el menoscabo. El daño se determina, liquida y resarce sobre parámetros objetivos, cumpliendo el dinero una función de equivalencia o corrección del ya mencionado desequilibrio. En cambio, en materia de daño moral, la situación es distinta pues el dinero tiene una función satisfactoria para la víctima. No se trata de prostituir el dolor, poniéndole un precio, ni de degradar sentimientos excelsos por dicha vía, sino de brindar, desde la óptica jurídica, una respuesta razonable a través de una compensación" (Daño Moral, Depalma Editor, Buenos Aires, 1996, pp. 105-108). Este criterio doctrinal refuerza lo expresado por el Tribunal ad quem en su sentencia. De todo lo expuesto, la Sala estima que la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, satisface el daño que se causó al demandante. Por las consideraciones anotadas, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO

JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, deniega el recurso de casación interpuesto por el señor Contralor General del Estado, subrogante, confirmando el fallo pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito. Sin costas. Publíquese y notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces; Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator. La presente copia es igual a su original.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator de la Segunda Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 21 de marzo del 2007; a las 09h00.

VISTOS: Agréguese a los autos el escrito que antecede. En lo principal, la parte demanda Contraloría General del Estado, a fs. 25 de los autos, solicita que se aclare y amplíe la sentencia dictada por esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, el 31 de enero de 2007. Se ha corrido traslado, para resolver se considera:

PRIMERO.- El Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, dispone "El Juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días.". En tanto que el Art. 282 ibídem, dispone: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas...".

SEGUNDO.- En la especie, el pedido de ampliación y aclaración no tiene fundamento, por cuanto la sentencia dictada por esta Sala resuelve en forma clara y ha realizado un análisis lo suficientemente amplio sobre los puntos que motivaron el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y sometidos a resolución, análisis que abarca precisamente las inquietudes propuestas por la parte procesal en el petitorio presentado, por lo que se desestima la mencionada petición por ser improcedente. Notifíquese.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero; Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces y Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Conjuez Permanente.



Certifico.- Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Certifico que las siete copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No. 314-2003-k.r (Resolución No. 20-2007), que por daño moral sigue: Simón Leonidas Montúfar Herrera contra Contralor General del Estado, subrogante.

Quito, 11 de abril de 2007.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator de la Segunda Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.